UM ENSAIO SOBRE A FUNÇÃO DA LEI NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

uma reflexão a partir da obra de Neil MacCormick

Fábio L. Quintas

idp
Instituto Brasiliense
de Direito Público

Fábio Lima Quintas

UM ENSAIO SOBRE A FUNÇÃO DA LEI NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

uma reflexão a partir da obra de Neil MacCormick

Brasília

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

2014

Quintas, Fábio Lima
Um ensaio sobre a função da lei no Estado Democrático de Direito: uma reflexão a partir da obra de Neil MacCormick/ Fábio Lima Quintas. –
Brasília : IDP, 2014.
Disponível no http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks
75p.

ISBN 978-85-65604-36-9
DOI 10.11117/9788565604369

1. Jurisdição Constitucional – Brasil. 2. Norma Jurídica I. Título.

CDD 341.2

APRESENTAÇÃO

O Professor Doutor Fábio Quintas brinda a comunidade acadêmica com um texto denso e instigante a respeito do trabalho teórico de Neil MacCormick, cujo título é “Um ensaio sobre a função da lei no Estado Democrático de Direito: uma reflexão a partir da obra de Neil MacCormick”.

É importante registrar, diante da pesquisa do Prof. Fábio Quintas, que o direito, como peculiar processo de adaptação social, suscita problemas dos mais diversificados matizes. São recorrentes, entre os juristas, as questões de definição do próprio objeto do estudo jurídico, abrindo-se perspectivas para a indagação a respeito do que o direito efetivamente é.

Uma questão frequente consiste em determinar o que é a norma jurídica e quais são seus critérios de validade. Afinal, essas normas devem ser, ou não, consideradas preceitos prescritivos? Sua validade deve decorrer, ou não, da possibilidade de aplicação de sanções?

Admitem-se também alguns questionamentos inquietantes, como saber se o sistema jurídico é aberto ou fechado, ou se é um sistema coativo. Afinal, o que podemos encontrar no interior de um sistema jurídico? Normas? Valores? Direitos fundamentais? Princípios políticos?

E mais: o direito é um “sistema lógico”? É possível elaborarmos premissas jurídicas confiáveis a partir das quais poderíamos deduzir bons silogismos? A logicidade de um sistema pode garantir sua coerência? E a respeito da hermenêutica jurídica? Qual sua função? Quais os métodos? Quais os escopos?

Há ainda questões semânticas, retóricas e de racionalidade. Isso tudo sem falar no tema da moral: afinal, a moral deve ficar dentro ou fora do sistema jurídico?

É bom não olvidar das perguntas a respeito do trabalho jurisdicional, notadamente sobre a função política dos juízes: ativismo ou neutralidade? Política ou direito? Nem deveríamos esquecer os problemas metodológicos criados para lidar com toda essa gama de complexidades e incertezas a respeito do direito, em um ambiente social de crescentes contingências.

Muitas são as questões e intermináveis as teorias explicativas, dentro ou fora da tradição do positivismo jurídico, abrindo-se a perspectiva de análise da função do direito em uma sociedade democrática e plural.

Essas questões não passaram desapercebidas para o autor desta obra que, a partir da análise de um caso concreto (aplicação do art. 111, inc. II, do Código Tributário Nacional), subsidiado por densa e criteriosa eleição dos fundamentos teóricos centrais da obra de Neil MacCormick, pretende contrapor à percepção literal do elemento normativo descrito no texto da norma a dimensão institucionalizada do direito, a reclamar a constituição de uma ordem normativa institucional formal como modo de deliberar a respeito de noções jurídicas vagas e proporcionar um critério decisório aceitável no marco do Estado Democrático de Direito, a prevalecer em situações de dúvida.

Com efeito, percebe-se nas correntes teóricas recentes, que tratam do fenômeno jurídico, o crescente ceticismo a respeito das reais possibilidades de fundamentação de decisões judiciais com as ferramentas do positivismo jurídico, notadamente à vista de suas reconhecidas limitações teóricas e pragmáticas, o que, para autores como Herbert Hart, no livro "O Conceito de Direito", ficou claro no tratamento dado à deliberação judicial a respeito de situações jurídicas conhecidas como "casos difíceis".

Ao lado das teorias jurídicas que tratam da validade das normas e do próprio sistema normativo, que se proliferaram a partir dos séculos 19 e 20, notadamente ao darem seguimento aos projetos das Escolas da Exegese, Histórica e, mais tardiamente, a partir de meados do século passado, do Positivismo Analítico, surgiram na Europa movimentos teóricos marcados tanto

por indagações tipicamente estruturadas em fundamentações sociológicas, quanto por tópicos advindos do persistente jusnaturalismo. Essas proposições tiveram a função de servir como possíveis estruturas argumentativas aptas a neutralizar os efeitos perversos de determinismos e decisionismos metodológicos gerados pelos movimentos intelectuais que sustentaram o Positivismo Jurídico a partir do Jusracionalismo.

É justamente desse riquíssimo contexto histórico, em especial o vivenciado a partir da década de 50 do Século 20 na Europa, que nasceu a "teoria da argumentação jurídica", cujos fundamentos ganharam centralidade no trabalho intelectual de Neil MacCormick. Isso foi captado com maestria na obra do Professor Doutor Fábio Quintas.

O aspecto relevante dessa teoria consiste, decerto, na negação das estruturas argumentativas meramente lógico-formais e, por conseguinte, na necessária adesão à virada pragmático-linguistica que marcou a ambiência das ciências sociais e humanas no Século 20, em especial a partir de sua última metade.

Como marco teórico estruturante, o jusfilósofo escocês utilizou o silogismo jurídico na argumentação empreendida no âmbito do direito como ponto de partida não só para justificar a razoabilidade, confiança e aceitabilidade dos argumentos jurídicos, mas especialmente, a partir dessas características, testificar a própria confiança e certeza na existência de um Estado de Direito.

O Professor Doutor Fábio Quintas produziu um texto que convida à reflexão e possibilita o aprofundamento a respeito de temas centrais da atual teoria do direito. Trata-se de obra indispensável para estudantes, acadêmicos e profissionais do direito.

Brasília-DF, setembro de 2014.

Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Em tempos de ampliação da retórica dos direitos, que se manifesta em várias frentes (fortalecimento da eficácia dos direitos fundamentais, ativismo judicial, jurisdicização e judicialização de questões políticas, econômicas e familiares de toda espécie), não é tarefa fácil pensar o direito e a atuação de seus operadores no que se refere a limites e possibilidades.

Tornou-se lugar-comum (no sentido de que é algo que muito se fala, mas sobre o qual pouco se diz) afirmar que todo ato de interpretação do direito manifesta um ato de vontade e que toda decisão judicial tem um viés político. Como todo lugar-comum, são afirmações que, conquanto tenham um sentido verdadeiro e até mesmo óbvio, trazem mais confusão que esclarecimento, pela falta de reflexão sobre os contextos que tornam verdadeiros esses enunciados.

Assim, por exemplo, é correto afirmar que uma decisão judicial é política, haja vista refletir um ato do Estado que repercute na compreensão do que pode ou não ser realizado (sob pena coerção) numa determinada comunidade. Mas não estão no mesmo grau político a decisão que (i) impede a construção de uma hidrelétrica por identificar a inobservância da legislação ambiental, (ii) a que considera ser dever da Administração Pública (do Estado) – em razão do princípio da dignidade da pessoa humana – prover tratamentos médicos não previstos pelo Sistema Único de Saúde e (iii) a que declara a inconstitucionalidade de uma lei antitabagista.

Na primeira situação, o juiz torna concreta a vontade da lei, declarando a incidência da legislação ambiental no caso em julgamento. No segundo caso, o juiz interfere em políticas públicas e cria direitos para além do que disposto expressamente na legislação, impondo ao Administrador obrigação que, sem o provimento judicial, não teria ele autonomia para reconhecer por si só. No terceiro caso, o juiz afasta do ordenamento jurídico uma lei editada pelo Congresso Nacional, por meio de controle de constitucionalidade.

Pode o juiz agir nas três situações? Estão essas decisões sujeitas aos mesmos critérios de legitimidade? A força da lei atua com a mesma intensidade em todos os casos?

Igualmente, é lugar-comum a afirmação de que o direito embute valores, na medida em que põe em evidência a compreensão do que seja certo ou errado. É possível identificar, no entanto, diferentes nuanças (i) na decisão que reproduz a interpretação corrente a respeito de uma lei para aplicar uma multa por excesso de velocidade, (ii) na decisão que determina a apreensão de mercadorias por considerar que há risco para a saúde e (iii) na decisão que considera constitucional ou inconstitucional a lei que impede cidadão com processo judicial penal em curso de concorrer às eleições.

No primeiro caso, a decisão não problematiza os valores que animam essa legislação e essa interpretação, acatando aquilo que foi posto. No segundo, o intérprete é chamado a fazer um exercício de ponderação, avaliando meios e considerando os fins almejados pela norma. O terceiro caso representa uma situação em que o intérprete aplica uma sanção contra a norma, em vista de sua desconformidade com parâmetros constitucionais.

Os valores operam da mesma forma nas três situações? Quais as circunstâncias que fazem legítimas a atuação judicial em cada caso? Qual o valor da lei em cada uma delas?

Todos esses matizes que o fenômeno jurídico suscita dificultam a compreensão da regular atuação do Administrador, do Legislador e do Judiciário na concretização do direito, bem como do papel que a lei opera na prática judiciária.

Por tudo isso, é necessário o esforço de desvendar como se desenvolve a prática do direito no sentido de perceber o funcionamento do

discurso jurídico em distintas situações, à luz da política e da moral, no âmbito do Estado e da sociedade civil.

Nesse esforço, não basta identificar o que é jurídico (e o que pode ser objeto da decisão jurídica). É necessário saber como o fenômeno jurídico age perante cada Poder e perante o cidadão, e como cada um deles deve agir juridicamente. Impõe-se, ainda, saber em que circunstâncias (com base em que argumentos) determinadas decisões jurídicas podem ser tomadas por esses sujeitos.

Tudo isso deve levar em conta o papel da lei, concebida no Estado de Direito para ser o veículo por excelência de regulação para a realização do Direito (concretizando a vontade das normas constitucionais, balizando a atuação do juiz e do administrador público, conferindo segurança para a atuação dos cidadãos).

Lançar luzes sobre isso é o propósito deste ensaio, o qual, inicialmente, colocará em evidência o desconcertante fenômeno da ausência de lei, que conduz o intérprete a falar ora em silêncio eloquente, ora em lacuna da lei. A partir daí, para superar esse dilema e valendo-se dos estudos contemporâneos da teoria do direito (colocando em destaque a vasta obra de Neil MacCormick), busca-se entender o direito de uma forma mais ampla (que fuja do idealismo de pensá-lo fora do mundo e do realismo de diluí-lo na política, na moral ou na economia), em conformidade com a prática corrente, presente na retórica dos advogados, na decisão dos juízes e na doutrina dos juristas.

Assumindo que a compreensão e a existência do direito passam pela norma, pelo intérprete e pela prática social em que se desenvolve, talvez seja possível enriquecer o entendimento sobre a função do direito e da lei, bem como dos órgãos incumbidos de dar-lhes tratamento, no funcionamento regular do Estado Democrático de Direito, cuja legitimidade

para o exercício do poder governamental exige a lei (a evidenciar a separação entre as instâncias política e jurídica), mas não se encerra nela.

1 O FENÔMENO DA AUSÊNCIA DE LEI: ENTRE A LACUNA DO DIREITO E O SILÊNCIO ELOQUENTE DO LEGISLADOR

1.1 Introdução

Permanece, hoje, como tormentoso problema na interpretação do direito, **a compreensão** do que seja a ausência de lei e a postura que o aplicador da norma deve adotar diante dela.

Em dadas circunstâncias, a ausência de lei é encarada como omissão legislativa ou lacuna, o que dá uma conotação negativa ao fenômeno, que passa a ser visto como um espaço vazio, que deveria ter sido preenchido. Em outros momentos, essa mesma realidade é vista como uma deliberada falta de atividade legislativa, que deve ser respeitada e observada no momento da interpretação.

Considerando a natureza patológica que decorre da primeira leitura, após o diagnóstico da *doença* (e, nessa identificação, já se observa a nítida orientação do juiz de superar a aparente situação de anomia), o juiz costuma valer-se de métodos de integração normativa (a partir do

postulado de que o ordenamento jurídico não admite lacunas) para preencher vazios normativos[1].

Na segunda situação, que traz em si uma visão de normalidade institucional do fenômeno, a falta de norma específica a regular determinada conduta é vista como indicativa de que algum outro preceito geral deve pautar a interpretação, como por exemplo, o da liberdade (do direito privado) ou da legalidade (do direito público)[2].

Essa diferença de enfrentamento do problema não está, evidentemente, na alçada do legislador. Não obstante a intenção de que a lei seja a fonte por excelência do direito, não é o Legislativo que tem

---

[1] Confira-se, a respeito, o clássico magistério de Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho: "Sem que caiba, aqui, ilustrar o respectivo conceito filosófico, insistiremos na afirmação de que, operando indução e dedução, a analogia, porque serve para o preenchimento das lacunas da ordem jurídica positiva, e não para esclarecer o sentido e conteúdo das normas jurídicas, colhendo estas como a interpretação propriamente dita as desvendou, é um expediente de integração da ordem jurídica, que se enquadra na esfera da aplicação do direito, e não da sua interpretação. De feito, considerada, numa noção geral, a analogia como a aplicação de uma regra de direito, reguladora de certas e determinadas relações, a outras relações, que têm afinidade ou semelhança com aquelas, mas para as quais não está ela estabelecida, pode-se repetir que esse processo tem por fundamento a identidade da *ratio legis*, inspirando-se no princípio que, onde existe a mesma razão de decidir, deve-se aplicar o mesmo dispositivo de lei – *ubi eadem legis ratio*, *ibi eadem legis dispositio*.(…). Procurando conhecer o campo em que a analogia tem possibilidade de atuar, pode afirmar-se que, a não ser em direito penal, comportam aplicação analógica as leis que, nos outros ramos do direito, não encerram prescrições de direito excepcional, não estabeleçam privilégios, nem restringem direitos ou limitam a liberdade individual; também é proscrito o emprego da analogia para a matéria de finança, as leis instituidoras de impostos, taxas, multas e outros ônus fiscais, regulando, apenas, os casos de que tratam." (ESPINOLA, 1999, p. 104-105) De acordo com os autores, apenas o elemento teleológico da norma pode orientar a utilização da analogia. (ESPINOLA, 1999, p. 109)

[2] Larenz, ao distinguir a lacuna da lei do silêncio do legislador, pondera: "Mas existe também um 'silêncio eloquente' da lei. A modo de exemplo, o facto de não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual), não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito real especial sobre uma casa ou uma parte do edifício, que, em princípio lhe não era desconhecido, por razões da disposição das relações jurídicas sobre bens imóveis e, por isso, intencionalmente, não incluiu na lei disposições a esse respeito. Foi necessário por esse motivo uma lei própria, pela qual foram modificadas algumas das regras do Código Civil, para introduzir a propriedade da casa de morada como instituto jurídico na ordem jurídica vigente. A nova criação ou reintrodução deste instituto na nossa ordem jurídica pela via do desenvolvimento judicial do Direito não teria sido admissível porque a lei, precisamente neste aspecto, não continha 'lacunas' (…). 'Lacuna' e 'silêncio da lei' não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo." (1997, p. 525)

condições de definir, *a priori*, se a aparente ausência de lei específica para regular determinado caso deve ser resolvida: i) à luz do espírito da legislação que criou, ampliando o sentido do texto editado para uma situação concreta que aparentemente nele não está contida; ou ii) a partir do entendimento de que houve um silêncio eloquente, o qual dá sentido a outro postulado que emerge da falta da norma (o da liberdade, para o direito privado, o da legalidade, para o direito público).

Em verdade, o problema da ausência de lei é uma questão de interpretação do direito, mas que surge com toda sua intensidade no momento de aplicação da norma, quando se busca encontrar no sistema normativo a solução juridicamente correta para o caso[3 e 4].

Neste capítulo, pretende-se explicitar essa realidade, evidenciando-se a complexidade inerente ao processo de aplicação do direito – que se

---

[3] Para Larenz, a diferença entre lacuna e silêncio da lei é percebida a partir da aferição da intenção reguladora da lei: "Se existe ou não uma tal lacuna, há de aferir-se do ponto de vista da própria lei, da intenção reguladora que lhe serve de base, dos fins com ela prosseguidos e do 'plano' legislativo. Uma lacuna da lei é uma 'interpretação contrária ao plano' da lei. O plano regulador que serve de base à lei há-de inferir-se dela mesma pela via da interpretação histórica e teleológica. Aqui se põe novamente a claro a razão pela qual a ausência de disposições sobre a propriedade da casa de morada não representa uma lacuna do Código Civil: no plano, na intenção reguladora do legislador, estava o não admitir um tal instituto. Esta decisão (negativa) do legislador revelou-se ser errada logo após a segunda Guerra Mundial, por razões político-económicas e político-sociais. Porém, visto que não se tratava de uma imperfeição 'contrária ao plano' da lei, mas de uma falha de política legislativa, a jurisprudência dos tribunais não era chamada aqui a completar a lei." (1997, p. 530)

[4] Sob uma perspectiva atual da hermenêutica (já sob a influência do giro linguístico), pertinentes são as observações de Castanheira Neves acerca dos desafios na atividade interpretativa. Segundo o autor (2003, p. 344), a interpretação jurídica é um problema basicamente normativo: não se trata de compreender o texto normativo, mas de definir o sentido normativamente adequado do preceito, seja em referência ao ordenamento jurídico, seja em referência ao problema jurídico do caso concreto, havendo uma inescapável dialética nesse processo de aplicação da norma. Assim, ainda na linha de Castanheira Neves, observa-se que o desafio da interpretação jurídica, que está situado na problemática da aplicação da norma para a realização do direito, é duplo: primeiro, encontrar, no juízo decisório, uma solução normativamente adequada ao caso jurídico concreto (o centro metodológico de referência, nessa perspectiva, não está na norma, mas no juízo, que convoca as possibilidades normativas do preceito); segundo, verificar se a solução se mostra harmônica com o sistema jurídico (sem o que a realização do direito poderia ser reduzida a um casuísmo, com a busca de simples adequação da norma ao problema)

inicia com a elaboração da lei[5] e se perpetua até a sua aplicação ao caso concreto[6].

Para tanto, com a intenção de fugir da abstração no tratamento do tema, a questão em debate será abordada a partir da análise de caso concreto, a fim de demonstrar-se a insuficiência da dogmática tradicional para aferir se a falta de determinada norma específica para regular certa conduta deva ser vista como situação de lacuna legislativa ou silêncio eloquente do legislador. Será colocada em dúvida a própria solidez teórica da compreensão clássica de lacuna do direito (e de sua operacionalização pelo juiz).

Constatada essa realidade, de notória perplexidade (se vista sob a perspectiva clássica de interpretação/aplicação do direito), procurar-se-á compreender teoricamente esse desconcertante fenômeno, que aparentemente nos remete à renúncia à racionalidade no processo de interpretação e aplicação do direito[7].

1.2 Análise de caso: a interpretação literal de norma de isenção tributária (art. 111, inciso II, do CTN)

Para bem ilustrar as duas situações já enunciadas (lacuna do direito e silêncio eloquente do legislador) e as dificuldades que elas trazem para o aplicador do direito e para a comunidade perante a qual deve ele se

---

[5] E, aqui, temos diversos momentos, como o da identificação de um problema a ser suprido por meio de lei (tendo em vista diversas motivações políticas), o da elaboração do projeto, as discussões e negociações nas Comissões e no Plenário e a votação propriamente dita, bem como o veto/sanção. Tudo isso, denominado como Processo Legislativo.

[6] Aqui, também, temos diversos momentos: a compreensão e o uso que cada cidadão faz do texto editado, as divergências que daí surgem, a definição da correta interpretação da lide pelo Judiciário, no curso do processo judicial, o impacto do precedente judicial no Judiciário e fora dele.

[7] Com acentua José de Oliveira Ascensão (1999, p.191-192), segurança e justiça estão intimamente relacionadas à ordem jurídica. E segurança se relaciona à ideia de previsibilidade, que se contrapõe à arbitrariedade. A pretensão de uma ordem jurídica justa, dessa forma, passa necessariamente por afastar a sujeição à arbitrariedade na definição das regras pelo Poder.

legitimar, vale cotejar dois precedentes judiciais lavrados para o mesmo caso por órgãos distintos (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça[8]), que versam sobre matéria tributária, especificamente isenção tributária[9].

O cerne da discussão está em saber se determinada lei estadual que concedia isenção tributária de IPVA aos proprietários de ônibus alcançaria também micro-ônibus. Trata-se do art. 4º da Lei n.º 8.115/85, do Estado do Rio Grande do Sul, que possui a seguinte redação:

> Art. 4º - São isentos do imposto:
> (...)
> VII - os proprietários de veículos automotores de uso terrestre, em relação:
> (...)
> b) **aos ônibus empregados em transporte coletivo de pessoas**:
> 1 - em linhas urbanas ou suburbanas;
> 2 - em linhas entre municípios de uma mesma região metropolitana estabelecida em lei federal;
> 3 - em linhas que, por abranger área constituída por 2(dois) ou mais municípios, apresenta características de transporte urbano ou suburbano;
> c) **os microônibus empregados no transporte coletivo de passageiros (táxis-lotação), em linha urbana, desde que permissionárias dessa atividade**; (grifo nosso)

Como se vê, a aludida norma contemplou especificamente o micro-ônibus com a isenção quando utilizado como táxi-lotação para transporte coletivo de passageiros em linha urbana (alínea "c"). Para os ônibus, todavia, estabeleceu isenção mais ampla.

---

[8] No STJ, o processo foi autuado como RESP 953.130.

[9] A doutrina conceitua isenção tributária como "a exclusão, por lei, de parcela de hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto da isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação" (1998, p. 153). Sendo assim, "(...) as leis isentivas sempre prevêem [ou, melhor dizendo, enunciam] hipóteses em que a tributação ocorreria, caso elas não existissem" (CARRAZZA, 1998, p. 503). Incide, sobre essa espécie de *favor concedido por lei* (como diziam antigos tributaristas), as restrições do art. 111, *caput* e inciso II do Código Tributário Nacional, segundo o qual "interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre (...) outorga de isenção".

Na origem, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que a isenção se aplicaria a toda espécie de ônibus, inclusive o micro-ônibus, tendo em vista a intenção da norma de estimular o transporte coletivo de passageiros. Eis a ementa do acórdão lavrado pelo Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA. ISENÇÃO.
> ‘A regra do art. 4º, inciso VII, alínea b, da Lei Estadual n.º 8.115/85, a qual concedeu a isenção do pagamento de IPVA aos ônibus, visou ao estímulo do transporte coletivo de passageiros. No caso dos autos, os veículos (microônibus) adquiridos pela empresa são utilizados na prestação desse serviço público, pelo que se impõe o reconhecimento da isenção' (AC n. 70006809115, Rel. Dr. Túlio de Oliveira Martins).

Ao confrontar-se com a regra interpretativa restritiva imposta pelo Código Tributário Nacional, entendeu o Relator, Des. Luiz Felipe Silveira Delfini, que, “do art. 111, inc. II, do CTN, ‘resulta somente uma proibição à analogia, e não uma impossibilidade de interpretação mais ampla’, sob pena de não se apreender o verdadeiro conteúdo da norma.”

Divergindo desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, dando provimento ao Recurso Especial do Estado do Rio Grande do Sul, estabeleceu que a norma de isenção de IPVA para ônibus não se aplicaria para micro-ônibus. Eis a ementa do acórdão:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - IPVA - ISENÇÃO - INTERPRETAÇÃO LITERAL - AGRAVO REGIMENTAL.
> 1. As isenções, diante da inteligência do art. 111, II, do CTN devem ser interpretadas literalmente, ou seja restritivamente, pois sempre implicam renúncia de receita.
> 2. *In casu*, a isenção é concedida a ônibus e não a microônibus, de tal sorte que não pode o intérprete/aplicador da lei estendê-la, diante da exegese literal da isenção (...). (AgRg no REsp 953130/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 26/03/2008)

Em seu voto, o Relator enfatizou que “as isenções, diante da inteligência do art. 111, II, do CTN, devem ser interpretadas literalmente, ou seja, restritivamente, **pois sempre implicam renúncia de receita**.” (grifo nosso)

De um lado, a interpretação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que conferiu à isenção da Lei estadual n.º 8.115/85 a intenção de estimular o sistema de transporte público (em detrimento da arrecadação do tributo). De outro, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que privilegia a natureza de receita pública do tributo para repelir interpretações que impliquem sua renúncia.

Nenhum dos Tribunais se furtou de fazer a interpretação da lei estadual de isenção à luz do art. 111, inciso II, do CTN (que estabelece a necessidade de a interpretação de leis de isenção ser literal).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul considerou que a interpretação literal veda processos de suprimento de lacunas por meio da analogia (trata-se da clássica distinção entre interpretação e integração legislativa, contemplada, por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil), mas não impede a leitura sistemática da norma, atenta à finalidade para a qual a isenção foi estabelecida.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pontuou que a interpretação literal da isenção é aquela que impede qualquer expansão do texto para outras hipóteses que levariam à ampliação da perda de receita (uma leitura descontextualizada da norma).

Vale destacar que a *ratio decidendi* do caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça não é seguida pelo Tribunal em casos análogos. Esse raciocínio, aliás, é também utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, com certa regularidade, para afastar os *rigores* da interpretação literal da norma de isenção tributária.

Apenas para ilustrar, pode-se citar precedente, igualmente de relatoria do Min. Humberto Martins, no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a norma que concede isenção de Imposto de Renda para o portador de câncer também contém previsão de isenção para aquele que teve o câncer curado. Veja a ementa do interessante julgado:

> TRIBUTÁRIO – AÇÃO MANDAMENTAL – IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA – NEOPLASIA MALIGNA – LEI N. 7.713/88 – DECRETO N. 3.000/99 – NÃO-INCIDÊNCIA – PROVA VÁLIDA E PRÉ-CONSTITUÍDA – EXISTÊNCIA – CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS – DESNECESSIDADE – MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – PRECEDENTES.
> 1. Cinge-se a controvérsia na prescindibilidade ou não da contemporaneidade dos sintomas de neoplasia maligna, para que servidor o público aposentado, submetido à cirurgia para retirada da lesão cancerígena, continue fazendo jus ao benefício isencional do imposto de renda, previsto no artigo 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88.
> 2. Quanto à alegada contrariedade ao disposto no artigo 267, inciso VI, do CPC, por ausência de prova pré-constituída, não prospera a pretensão; porquanto, o Tribunal de origem, como soberano das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, confirmou a decisão recorrida e entendeu estar presente documento hábil para comprovar a moléstia do impetrante. Pensar de modo diverso demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.
> 3. O mesmo argumento utilizado pela Corte de origem tem a virtude de afastar a alegação de violação dos artigos 30, *caput* e § 1º da Lei n. 9.250/95 e 39, § 4º, do Regulamento do Imposto de Renda, a saber: o Decreto n. 3.000/99, feita pelo recorrente.
> 4. Ainda que se alegue que a lesão foi retirada e que o paciente não apresenta sinais de persistência ou recidiva a doença, o entendimento dominante nesta Corte é no sentido de que a isenção do imposto de renda, em favor dos inativos portadores de moléstia grave, tem como objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos financeiros relativos ao acompanhamento médico e medicações ministradas. Precedente: REsp 734.541/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2.2.2006, DJ 20.2.2006.
> 5. O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda

> conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas. (REsp 192.531/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.2.2005, DJ 16.5.2005.) Recurso especial improvido. (REsp 967693/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 18/09/2007).

A evidenciar a inexistência de padrão decisório sobre a matéria, menciona-se, por fim, decisão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de dar interpretação teleológica à norma de isenção (reformando entendimento do Tribunal de origem que fazia leitura "restritiva", noticiada no Informativo n.º 464 do STJ (de 21 a 25 de fevereiro de 2011):

> ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. MÁQUINA IMPORTADA. COMPONENTES INDISPENSÁVEIS. AQUISIÇÃO.
> Na hipótese dos autos, a demandante realizou a importação de maquinário beneficiado pela alíquota zero do Imposto de Importação (II) e pela isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Entretanto, para o perfeito funcionamento do equipamento importado, foi necessária a aquisição de peças integrativas (jogos de ferramentas para garrafas de dois litros). O Fisco Federal, ao proceder à revisão da declaração de importação pertinente, entendeu indevida a inclusão dos componentes adquiridos, por considerar que eles não integravam a descrição da mercadoria beneficiada com a redução tarifária. Todavia, o juízo singular compreendeu que a isenção tributária deveria alcançar também os jogos de ferramentas adquiridos, mas o tribunal *a quo* reformou a sentença sob o entendimento, entre outras questões, de que a decisão estaria dando interpretação extensiva à norma de isenção, o que ofenderia o art. 111, II, do CTN. Portanto, a controvérsia nos autos está na interpretação a ser conferida à norma de isenção do IPI prevista no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.191/1991. Conforme destacou o Min. Relator, sendo as ferramentas importadas peças indispensáveis ao funcionamento da máquina, elas não podem ser desmembradas para efeito do tratamento fiscal conferido pela aludida legislação. Ademais, visto que a demandante pretendeu adquirir uma máquina completa que se prestasse a suas finalidades próprias, sem o seu

> pleno funcionamento, torna-se inútil o equipamento e sem sentido a importação. Assim, concluiu que o reconhecimento da aplicação da isenção fiscal também em relação às ferramentas adquiridas não significa estender o benefício a situações não previstas pelo legislador, mas sim conferir a ele sua exata dimensão. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso. REsp 841.330-CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22/2/2011."

Como bem pondera Dworkin acerca das divergências teóricas a respeito do direito (2003, p. 5-38), não se pode reduzir o problema apresentado à perspectiva de que um dos Tribunais cometeu uma heresia jurídica ou estaria de má-fé em relação à compreensão de como se deve fazer a interpretação literal da regra que confere isenção tributária.

Essa visão simplista do processo interpretativo, conquanto possa oferecer alguma paz de espírito para a alma que busca certezas no Estado de Direito, não se sustenta, se feita a partir de uma visão crítica da prática forense, na qual se observa que, todos os dias, os Tribunais divergem entre si ao julgarem a mesma questão jurídica, com base nos mesmos fatos. Nos Tribunais, os órgãos fracionários vivenciam as mesmas agruras. Nas sessões, os magistrados digladiam-se na fixação da melhor solução para o caso concreto.

A divergência no seio do Direito, portanto, não deve ser reduzida a uma questão de conhecimento jurídico do intérprete ou à sua integridade moral ou à leitura dos fatos, alcançando, sim, a compreensão do que seja o direito posto. Esse é o ponto de partida que deve ser aceito em qualquer abordagem que pretenda para dar sentido à aplicação do direito numa comunidade real e atual.

1.3 Entre a lacuna e o silêncio eloquente da lei: uma questão de mera vontade?

Inserido no projeto moderno[10] (que, advirta-se, migrou de uma concepção absoluta de razão – que pretendia alcançar a Verdade – para uma meramente instrumental – que se contenta com o rigor científico) e ciente de que a produção do conhecimento exigia a conjugação da razão com a experiência (CARVALHO NETTO, 1992, p. 213-215), Kelsen, após definir os conceitos apriorísticos de sua ciência, enfrentou o problema da fixação do sentido da norma, na interpretação do Direito.

Tal como defendido por Kelsen, a determinação do conteúdo de uma sentença (norma inferior) a partir de uma lei (norma superior) nunca está completamente contida na norma superior. Isso porque

> a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever. (KELSEN, 2006, p. 388)

---

[10] Na Idade Moderna, período histórico que se inicia a partir do Séc. XVII, floresceu o Iluminismo, linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a razão – faculdade própria do homem que lhe serve de orientação nos espaços passíveis de investigação ou indagação – como crítica a todos os campos da experiência humana. Tal como discorre Abbagnano (2003, p. 535), o Iluminismo compreende três compromissos distintos e conexos: "1º extensão da crítica a toda e qualquer crença e conhecimento, sem exceção; 2º realização de um conhecimento que, por estar aberto à crítica, inclua e organize os instrumentos para sua própria correção; 3º uso efetivo, em todos os campos, do conhecimento assim atingido, com o fim de melhorar a vida privada e social dos homens."

Há, portanto, sempre uma indeterminação do ato de aplicação do Direito, que foge ao controle da norma que deve ser aplicada.

Para Kelsen, esse é o limite cognitivo do direito: fixação da moldura de interpretações possíveis da norma, dentro da qual qualquer solução adotada tem igual valor[11].

Kelsen desqualifica a possibilidade de, por meio da interpretação, alcançar-se apenas um resultado correto[12]. Na verdade, na perspectiva do autor, segue-se ao ato de interpretar (ato cognitivo, racional) o ato de vontade de escolher uma das soluções possíveis[13].

É posta em descrédito, portanto, a metodologia positivista do século XIX, que chegara ao limite de prenunciar o fim da interpretação ou de cingi-la ao processo lógico-subsuntivo[14].

É dentro dessa moldura de possíveis interpretações que Kelsen coloca o problema da lacuna da lei.

---

[11] “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.” (KELSEN, 2006, p. 390)

[12] “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) (…). Só que, do ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.” (KELSEN, 2006, p. 391)

[13] “na aplicação do Direito, por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (…). Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica.” (KELSEN, 2006, p. 394).

[14] Como esclarece Arthur Kaufmann: “No decurso do século XIX desenvolveu-se também a metodologia positivista originária de Savigny, de acordo com a qual o juiz apenas tem de ‘subsumir’, isto é, articular duas grandezas objectivas, a lei e o caso, devendo ele próprio manter-se totalmente à margem de tal processo. Eis o conceito objectivista do conhecimento na sua máxima pureza. O pressuposto lógico da proibição de criação judicial do direito foi o dogma da ausência de lacunas na ordem jurídica. De facto, foram no século XIX promulgadas proibições de interpretação.” (KAUFMANN, 2007, p. 45)

Já na primeira edição da "Teoria Pura do Direito", de 1934, Kelsen traz desconcertante explicitação do significado de *lacuna da lei*: é apenas a conclusão do juiz (aplicador do direito) de que a solução decorrente da aplicação das leis existentes é **impraticável** (presumindo, daí, que o legislador não havia considerado aquele caso ao elaborar a lei), o que lhe conduz à conclusão da existência de lacuna, a demandar-lhe a fixação de uma nova norma (fazendo, por exemplo, valer a faculdade que lhe outorga o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil[15]) (CARVALHO NETTO[16], 1997).

Eis a explicação contida na 1ª edição alemã da Teoria Pura do Direito de Kelsen:

> O legislador pode – e na verdade ele o faz – estabelecer provimentos que tratem de casos para os quais nenhuma decisão pode ser derivada da lei, provimentos como o art. 7 ° do Código Civil austríaco e o art. 1° do Código Civil suíço.
> Se, como neste último, a lei instrui o juiz, no caso de haver uma 'lacuna', a decidir qual legislador, isso equivale a autorizar o juiz, nos casos em que este considerar a aplicação da lei inaceitável, a decidir de acordo com seu próprio discernimento, em vez de o fazer com base na lei.
> (...) Ele [o juiz] é levado a acreditar que deve se abster de aplicar a lei somente naqueles casos nos quais ela própria impossibilita essa aplicação (...). É a intenção do legislador que esta fórmula, deliberadamente falsa ou não, possa encorajar a autoridade aplicadora da lei a fazer apenas o mínimo uso da liberdade que lhe é concedida, e não aplicar a lei num caso concreto. Para a autoridade que aplica a lei, somente a maior divergência entre a lei e seu próprio senso de lei parecerá ser uma lacuna real, isto é, um caso em que o próprio legislador não desejou regulamentar e que a lei, consequentemente, não regulamenta (...).

---

[15] "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

[16] O texto de Menelick de Carvalho Netto traz a tradução do Capítulo da Interpretação das Leis da Teoria Pura do Direito da 1ª ed., de 1934, que sofreu grandes alterações na 2ª ed. alemã (a qual serviu de base para a tradução portuguesa da Teoria Pura do Direito, feita pela Editora Martins Fontes, aqui também utilizada).

> A fórmula das chamadas 'lacunas da lei' é tipicamente ideológica, descrevendo a aplicação de uma lei num caso concreto como logicamente impossível sob o Direito, enquanto - julgado de acordo com o discernimento da autoridade aplicadora da lei - ele pode simplesmente ser impraticável em termos de política jurídica. (CARVALHO NETTO, 1997)

Como sentencia Arthur Kaufmann, a questão das lacunas (posta na dogmática jurídica do século XIX), é apenas "uma insuficiência lógica do positivismo científico" de então (2007, p. 45).

O juiz estaria livre, enfim, para adotar qualquer escolha – sobre a existência ou não de lacuna. Dessa forma, não teria como se valer de atividade cognitiva (racional, portanto) para definir a solução correta. Tudo estaria resumido na atividade volitiva (arbitrária) do aplicador do direito.

Chega-se à conclusão de que a razão não tem aptidão para gerar respostas prontas e acabadas, que serão seguidas voluntariamente pelo juiz e pela comunidade jurídica.

A teoria do Direito, para Kelsen, poderia apenas ser uma explicação do sistema jurídico *ex post facto*, não tendo nenhuma pretensão de orientar a prática do Direito. De fato, a moldura interpretativa do direito dada por sua teoria da interpretação estaria orientada à compreensão racional do direito em relação ao passado e não à orientação do agir jurídico para o futuro (MICHELON, 2010, p. 4-5).

Considerando a crítica de Kelsen, a prática do direito (totalmente apartada da ciência do Direito[17]) estaria fadada ao decisionismo[18].

---

[17] Em razão dos postulados da pureza e da neutralidade da ciência (esse era o paradigma da época), a ciência do direito teve de ser formulada apenas como atividade cognitiva. Em nome desses ideais, Kelsen apartou a ciência do direito da vivência do direito (a prática jurídica), sacrificando toda a possibilidade de a ciência do direito contribuir para a regulação da vida social (na busca da felicidade individual e social, que também era um compromisso iluminista).

Sendo assim, a questão de saber se o proprietário de micro-ônibus pode se beneficiar da isenção de IPVA conferida ao ônibus estaria submetida ao arbítrio do juiz (no caso, o Superior Tribunal de Justiça, que tem a competência de decidir por último, reformando o entendimento das duas instâncias ordinárias).

O pior, no entanto, é concluir que a promessa da lei como garantia contra arbítrios mostra-se vazia, pois o cidadão sempre estará sujeito ao risco de o intérprete autêntico decidir (como ato volitivo) que sua conduta (a do cidadão) não se balizou na correta interpretação da lei[19].

Dessa forma, pensar a interpretação da lei e o suprimento de lacunas à luz da dogmática tradicional não conduz à certeza de que o juiz é governado pela lei (competindo-lhe apenas fazer o processo subsuntivo).

Em verdade, respondendo às perguntas que encabeçam o título desta seção, essa forma de pensar e aplicar o direito (essa linguagem dos direitos) leva à inafastável arbitrariedade no julgamento (decisionismo) e à demonstração dos limites de uma visão de direito (que buscou superar a

---

[18] Em 1934, Kelsen ainda tinha a crença de que o intérprete autêntico deveria escolher dentro da moldura fixada pela interpretação científica. Em 1960, ao editar a segunda edição da Teoria Pura do Direito, deparou-se com a penosa constatação de que não havia como impor ao intérprete autêntico qualquer moldura de interpretação. Na 2ª edição alemã, o triste epítome do Direito (Direito é apenas a manifestação da vontade do intérprete autêntico) é feito sem rodeios. Afirma o autor, textualmente, que o intérprete autêntico não tem como ser vinculado nem sequer à moldura fixada pela à interpretação científica do direito, podendo adotar qualquer escolha, mesmo que seja absurda e fora da moldura (criando direito novo *ab ovo*). *In verbis*: "A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (…) É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância." (KELSEN, 2006, p. 394-395)

[19] Esse risco foi antevisto por Kelsen, que escreveu: "Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta (…), esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou." (KELSEN, 2006, p. 395)

complexidade que decorre da tensão entre político *x* direito/ geral *x* individual / abstrato *x* concreto).

1.4. Conclusão

A compreensão clássica do século XIX e do início do século XX sobre o fenômeno da ausência da lei é inadequada e insuficiente. Evidencia "uma insuficiência lógica do positivismo científico" (KAUFMANN, 2007, p. 45), que camufla uma questão de "política jurídica" (na expressão de Kelsen). Isso porque as técnicas dessa época não conseguem orientar o intérprete a caminhar entre o "silêncio eloquente" e a "lacuna da lei", abandonando-o diante do puro arbítrio.

Apropriando-se das conclusões de Kelsen (acerca da impossibilidade de: i) fixar-se a correta aplicação da lei a partir de critérios exclusivamente cognitivos; e ii) vincular-se o intérprete autêntico), cumpre afastar-se de concepções que segregam a ciência da vivência, o sujeito do conhecimento de seu objeto, a discussão sobre o que é o direito (filosofia do direito) daquela acerca de como se conhece o direito (metodologia do direito)[20] [21].

---

[20] Acerca da interpenetração entre filosofia do direito e metodologia do direito, Arthur Kaufman faz a seguinte ponderação: "Pensou-se durante muito tempo, e por vezes ainda se pensa, que a pergunta sobre 'o que' é a justiça e a questão de 'como' se conhece a justiça podiam ser tratadas e respondidas completamente independentes uma da outra (…). No conhecimento não entra o sujeito do conhecimento. Em conformidade, ensinam-se e escrevem-se até hoje 'filosofia do direito', por um lado, e 'metodologias', por outro lado, que ficam, quase sem ligação, à margem uma das outras. O esquema sujeito/objecto da teoria do conhecimento pertence ao passado, mesmo nas ciências explicativas da natureza, mas mais ainda nas ciências hermenêuticas da compreensão. Por isso, se têm imposto cada vez mais nos últimos tempos as teorias processuais da justiça, que concebem o 'direito justo' como um produto do processo de determinação do direito (…)" (KAUFMANN, 2007, p. 14).

O desafio é, pois, resgatar a função regulativa da lei, que define, em última instância, a possibilidade de se falar da legitimidade no exercício do poder no Estado de Direito, nas relações entre direito e política, que se fazem sentir desde a concepção da lei até a sua aplicação pelo juiz.

[21] Essa separação entre "o que é justiça", vista como discussão meramente metafísica alheia ao Direito, e a discussão sobre o conhecimento do Direito foi assumida explicitamente por Kelsen. Leia-se, a propósito, o seguinte fragmento do Prefácio à segunda edição da Teoria Pura do Direito (de 1960): "Sob esse aspecto [situação científica e política em que apareceu a Teoria Pura do Direito], as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram. Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo (…)" (KELSEN, 2006, p. XVIII).

2 REPENSANDO A FUNÇÃO DA LEI NO ESTADO DE DIREITO A PARTIR DA OBRA DE NEIL MACCORMICK: ENTRE A POLÍTICA, A MORAL E O DIREITO

2.1 Introdução

Com Ronald Dworkin, pode-se afirmar que “vivemos no direito e segundo o direito”. Mas esse império do Direito convive com a sensação de que ele não tem consistência, ante a mudez, a obscuridade e a ambiguidade dos textos jurídicos (DWORKIN, 2003, prefácio).

De forma paradoxal, ao tempo em que se identificam inúmeras zonas de penumbra (sobre o que é certo e seguro), o direito fornece uma pauta de conduta e orientação para as pessoas.

Inequivocamente, as pessoas buscam no direito a orientação para viver em comunidade na sociedade moderna e encontram certo êxito nessa empreitada. Miram-se no direito a previsibilidade e a justiça na orientação do agir humano.

Os textos legais certamente são uma fonte de orientação. Mas eles não são suficientes. Na verdade, a integração das inúmeras normas que compõem o ordenamento jurídico gera várias zonas cinzentas de interseção. Além disso, cada sujeito busca privilegiar determinada interpretação da lei para atender seus interesses e convicções (assume-se a existência da lei, num primeiro momento, para buscar meios de superá-la) (MACCORMICK, 2009, p. 70 e ss.). Mais estarrecedor é constatar que o cidadão comum vive usualmente em conformidade com o direito mesmo não conhecendo os textos legais (viver de acordo com o direito é uma condição de sociabilidade) (MACCORMICK, 2009, p. 68-70).

Apesar de a prática social evidenciar que os textos legais são uma fonte destacada (mas insuficiente) do direito, observa-se ainda que, em

situações de dubiedade ou incerteza, as autoridades não jogam dados para decidir[22]; ao revés, tomam decisões sem abdicar do argumento jurídico (é dizer, há outros materiais jurídicos utilizados pela autoridade para justificar sua decisão). A arbitrariedade kelseniana não é assumida na prática jurídica. Isso é um fato que deve ser enfatizado.

Por outro lado, é certo entender que, por mais que o direito deva estar comprometido com a Justiça (e com a visão de Justiça que prevaleça em determinada comunidade), as práticas sociais modernas não permitem a redução ou a assimilação do Direito à ideia de Justiça.

Na confrontação desse universo – mais voltado a ver como o fenômeno jurídico é praticado pela comunidade do que como é estabelecido pela autoridade – é que poderá surgir uma compreensão mais ampla e fidedigna sobre o fenômeno da aplicação do direito, própria para superar o impasse kelseniano.

2.2 O direito como ordem normativa

Ao constatar que as normas jurídicas influenciam a conduta humana, conclui-se que o Direito insere-se numa ordem normativa, que é ideal – no sentido de exprimir um “dever-ser”, não no sentido de ser uma abstração – e prática – na medida em que orienta a ação e possui existência (embora não no sentido físico) (MACCORMICK, 1997, p. 1.053-1.058).

Nesse contexto, é importante delinear a forma como o direito age sobre a intenção humana.

Uma ordem normativa não pode ser encarada somente de uma forma contemplativa nem apenas da perspectiva de quem a elabora, pois o âmago da normatividade impõe que haja um firme compromisso da

---

[22] A esclarecedora expressão “jogar dados” é utilizada por Ronaldo Porto Macedo Júnior em suas aulas de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

sociedade e do indivíduo na realização de uma ordem ideal como um estado coerente e realizável do mundo (MACCORMICK, 1997, p. 1.053-1.058).

Por isso, o direito é mais bem compreendido a partir das condições que atribuem significado às práticas jurídicas e não de definições pautadas na compreensão de sistemas fechados e esquemas abstratos dos textos legais.

A consciência e a compreensão da ordem normativa pelo indivíduo passam por diversos níveis de institucionalização, que se inicia pela socialização e educação, prossegue pelo convívio em certas instituições sociais (família, escola, trabalho) e alcança seu mais alto grau de institucionalização por meio de regras imperativas, explícitas e reguladas, em que a ordem jurídica surge como ordem heterônoma (instituída pelo Estado e outros órgãos nacionais e internacionais) (MACCORMICK, 1997, p. 1.053-1.058).

O funcionamento dessa ordem jurídica pressupõe a possibilidade de o indivíduo desenvolver julgamentos plenamente autônomos, que tornem inteligível esse sistema normativo e viabilizem escolhas voluntárias por esse indivíduo, mesmo que certas decisões conduzam à coerção institucional.

Como destaca MacCormick, é uma significativa verdade das ordens normativas na sociedade moderna a circunstância de elas envolverem um julgamento, uma escolha, feita pelo indivíduo, concebido como agente

autônomo, à luz de um sistema jurídico que é heterônomo (sujeitando-se ele às consequências decorrentes de sua escolha)[23].

Nessa perspectiva, verifica-se que o fenômeno jurídico tem sua existência vinculada aos seus participantes (à forma como sujeitos autônomos encaram as normas), de modo que deve ser examinado sobre o ponto de vista da primeira pessoa[24].

Para compreendê-lo, é preciso adotar uma postura hermenêutica, pois é necessário interpretar o sentido das ações tendo em vista as normas: na perspectiva do sujeito, a norma, para além de ser um ato de autoridade, é uma referência para o comportamento (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 13-16)[25]. É esse o elemento de compreensão interno do direito, que vê o direito para além da descrição do comportamento externo (trajetórias comportamentais e coerção).

É nesse sentido que se diz que o direito é uma ordem normativa: o direito, seja qual for, tem pretensão de ser uma ordem, mais no sentido de ordenação do que de comando, que orienta o agir dos indivíduos a ele submetidos (MACCORMICK, 2009, p. 11).

---

[23] Enquanto a autoridade das regras morais deriva do compromisso voluntário do agente com elas (sendo a razão moral controvertida, autônoma e discursiva), o direito tem um viés institucional que lhe confere existência e exigibilidade independentemente do ponto de vista do indivíduo (sendo, por isso, um vetor de orientação para o agir humano), apesar de permanecer aberta ao indivíduo a liberdade de escolher o que fazer. Disso tudo resulta que, na sociedade moderna, o indivíduo apenas está submetido à moral quando assim decida autonomamente e discursivamente, e que a moralidade pública [coerção social difusa] apenas pode alcançar o cidadão pela política, que estatui o Direito. Essa seria uma forma liberal de encarar a sociedade moderna (MACCORMICK, 1997).

[24] Searle defende que a metodologia adequada para lidar com fatos institucionais como o direito deve afastar-se de uma "análise externo-funcionalista ou behaviourista", pois "tem-se que ser capaz de pensar em si mesmo dentro da instituição para compreendê-la" (SEARLE, p. 118).

[25] Adverte MacCormick que normas pensadas como objetos puros do pensamento são apenas normas possíveis, mas não entidades reais; passam elas a ser reais apenas quando se tornam operativas como parte de um sistema de orientação da ação para uma pessoa ou grupo.

2.3 O direito como instituição

O direito moderno possui, no entanto, ainda outra característica: seu alto grau de institucionalização formal.

É certo que não há celeuma séria acerca da existência de um aspecto institucional no direito, podendo ser dito que essa afirmação é uma obviedade. Ocorre, no entanto, muita controvérsia sobre a função que a institucionalização cumpre na teoria do Direito (MACCORMICK, 2008).

Para Dworkin, trata-se de um aspecto meramente secundário do direito, pois uma compreensão do fenômeno jurídico deve estar associada a uma grande teoria de justiça. Esse é o ponto central para compreender o direito, que é mero departamento da moral (DWORKIN, 2007a).

MacCormick, apesar de reconhecer que o direito precisa de uma teoria da justiça, enfatiza a necessidade de uma aproximação institucional, que tem importância fundamental na compreensão de como as pessoas, os Tribunais e os advogados se conduzem (MACCORMICK, 2008).

Em certa medida, toda a realidade social é institucional, porque o sentido das coisas e eventos é dado por regras (implícitas e explícitas). Nesse sentido óbvio e amplo, o termo “institucional” pode ser utilizado para designar família, leis, dinheiro, polícia, jogo de futebol e tradições. Aqui, institucional pode ser associado à ordem normativa, seja ela formal, seja ela informal (MACCORMICK, 2009, p. 19).

A institucionalidade do direito, aqui, independe de uma instância formal de produção normativa.

Deveras, a normatividade das normas é explicada menos pela existência de uma autoridade (não obstante o direito moderno exija isso) e mais pela postura dos usuários das normas, que lhe dão um sentido e delas se valem para orientar suas condutas.

Diante disso, por que entender o direito como fato institucional?

Em síntese, porque a concepção institucional do direito (i) vincula a existência do direito às práticas sociais (a simples existência de uma comunidade jurídica que vivencia o direito indica a pertinência da investigação acerca das condições nas quais o direito se desenvolve (SEARLE, 2006, p. 89-90)), (ii) entende que essa existência está associada não apenas ao ato de vontade que institui a norma, mas também ao comportamento que induz em seus destinatários, (iii) permite, por isso, que o direito seja concebido como um sistema de regras que preexista à sua aplicação e que orienta o agir da comunidade (a heteronomia precede à autonomia (MACCORMICK, 1997, p. 1053-1058)), e (iv) pretende que a descrição do direito tenha sentido para seus operadores (juízes, advogados, juristas)[26].

Essa abordagem evita que a compreensão sobre a existência das normas e das instituições jurídicas caia na armadilha do idealismo – que pensa o direito apenas na dimensão da validade, seja no positivismo lógico, que liga a validade ao ato de autoridade, seja no jusnaturalismo, que condiciona a validade ao conteúdo da norma– ou na armadilha do realismo – que vê no direito apenas a manifestação de uma suposta verdadeira realidade (economia, política ou algum evento psíquico) (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 6-9).

O direito faz parte de uma realidade, formada por fatos institucionais, cuja existência se manifesta pelas práticas sociais (dessa forma, o direito não existe como objeto livre no mundo, mas apenas no contexto de normas que dão sentido, justificam, regulam e autorizam condutas humanas em ambientes sociais);

---

[26] Sem ignorar que o Direito tem uma existência social, a visão institucional do direito concebe que cada instituição jurídica tem três dimensões normativas: i) a existência de regras que dispõem sobre as condições necessárias para que determinado evento seja caracterizado como representativo de uma instituição (o que pode ser enunciado logicamente como: *para a celebração de um contrato, é necessário acordo de vontade*); ii) a definição das consequências jurídicas (na forma de direitos e poderes, deveres e responsabilidades) decorrentes da instituição (o que pode ser enunciado logicamente como: *se um contrato existe, logo*...); e iii) a previsão de um evento que lhe ponha termo (o que pode ser enunciado logicamente como: *o contrato se extingue mediante...*). Em vista dessas três dimensões, instituições jurídicas devem ser compreendidas como um conjunto de regras institutivas, consequenciais e terminativas em decorrência das quais um caso particular da instituição existe por um período de tempo (MACCORMICK, 1992, p. 49-58).

realidade essa que é apreendida pela interpretação das pessoas sobre as regras e convenções sociais que presidem essas práticas (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 9-13).

Num sentido mais restrito, pode-se designar por institucional a realidade social formada por um sistema de regras dentro do qual regras são criadas. Institucional, nesse sentido mais restrito, é conjunto de regras que estabelecem as condições de produção, regulação e término das normas[27].

É nesse sentido mais restrito que se situa o direito moderno: sem abdicar das características já delineadas e comuns a todas às instituições, há um contexto formal, constituído por uma instância a que é atribuída a tarefa de formular regras explícitas e de decidir como as disputas devem ser resolvidas (MACCORMICK, 2009, p. 22-24).

As instituições (no sentido forte que se adota) são entes que dispõem de meios de (i) instituir novas regras e de repelir antigas, (ii) verificar a execução de regras que foram estabelecidas validamente, (iii) promover a declaração acerca do cumprimento das regras (trata-se da *adjudication,* que tem um elemento declarativo e impositivo), o que é feito geralmente a partir de um corpo de precedentes já estabelecidos. O corpo de regras sobre os quais os órgãos responsáveis pela adjudicação atuam precisa repousar na adesão da maioria dos seus destinatários a essa interpretação (seja pelo convencimento, seja pela coerção), apesar de estarem elas formalmente estabelecidas. Sem essa atitude, o Estado e outras instituições de larga escala não podem funcionar coerentemente (MACCORMICK, 2008).

---

[27] Numa perspectiva sociológica, entende-se “instituições” como um conjunto de pessoas que possuem uma identidade funcional (esse é o sentido institucional que usualmente se dá ao se dizer que família, empresa e universidades são instituições). Num sentido filosófico (pragmático), as instituições podem ser compreendidas e examinadas sob o prisma das regras que a governam. É nessa segunda perspectiva que se situa a teoria institucional do direito de Neil MacCormick (MACCORMICK, 1992, p. 49-58).

Em vista dessas características, é possível em princípio antecipar decisões explícitas para determinadas situações, na medida em que a interpretação de normas contidas em regras explícitas exige necessariamente uma atenção especial para as palavras utilizadas pelo elaborador da norma e uma reflexão sobre os pontos subjacentes das palavras naquelas situações que pareçam ambíguas ou conduzam a resultados inconsistentes.

De todo modo, avulta em ordens normativas formais (nas quais há regras explicitamente formuladas), que a interpretação sucede a formulação (MACCORMICK, 2009, p. 23).

Nesse nível mais profundo de institucionalização, verificam-se pelo menos duas práticas normativas vinculadas: uma que autoriza a elaboração de regras e outra que as faça cumprir. Nesse caso, tem-se que a ordem normativa é institucionalizada no sentido forte que se quer destacar (sendo o Estado moderno o exemplo por excelência disso).

Mas cabe uma advertência: a existência de uma instância decisória não acaba com a complexidade do direito, pois novas questões sempre surgirão da elaboração de regras explícitas voltadas a lidar com questões antigas. A institucionalização forte conduz, sim, à mitigação da dependência de normas implícitas, na medida em que atribui a uma instância formalmente estabelecida a competência de tomar decisões (MACCORMICK, 1997, p. 1058-1062).

2.4 A divergência no direito

A existência do direito moderno como uma ordem normativa institucional não põe fim à sua complexidade e à divergência que nele se instaura.

Em razão disso, já se procurou desqualificar a função descritiva e normativa que a visão institucional oferece para o direito.

É o que faz Dworkin (DWORKIN, 2007b, p. 107-113). Nessa mesma linha, segue Victor Tadros (TADROS, 2009, p. 83-101). Ambos ressaltam a vinculação do direito à moral, para enfatizar que o direito só pode ser entendido a partir de uma ampla teoria da justiça, numa abordagem eminentemente retórica (sendo perda de tempo investir em qualquer perspectiva descritiva)[28].

Cabe tecer algumas considerações sobre os motivos que conduzem à rejeição dessa ideia, que despreza a natureza institucional do direito (ou sua importância)[29].

Há inúmeras normas assumidas como jurídicas cuja normatividade não se põe a partir de critérios de Justiça. Cogite-se, para ilustrar, da prosaica regra de trânsito que confere preferência ao motorista que se encontra na rotatória, salvo a existência de sinalização em sentido contrário.

A justiça dessa norma – independentemente do que se entende como justo – pode ser um elemento que a abone (uma razão adicional para cumpri-la) ou que a desabone (uma razão para estar disposto a descumpri-la e questioná-la). Mas o seu status jurídico não decorre de considerações da espécie.

---

[28] A questão filosófica subjacente a essa visão cética com relação à perspectiva analítica é bem pontuada por Katharina Sobota: "(…) a teoria retórica não partilha da visão do racionalismo iluminista de que todas as razões e motivos precisam ser descobertos e verbalizados a qualquer preço. A retórica não pode determinar as fronteiras entre verbalizações, implicações ocultas e o mero silêncio. A questão da explicitação tem que ser decidida diante da situação concreta. A este respeito – e aqui o conceito de Bernard Jackson deve ser inteiramente aceito – nada resta senão ter esperança na integridade pessoal de cada indivíduo." (SOBOTA, 1996, p. 251-273).

[29] Dworkin e Tadros argumentam que a base fundamental de qualquer tentativa de produzir uma compreensão abrangente do direito deve ser uma grande teoria da justiça, na qual estão integrados subtemas, tais como os relativos à justiça distributiva, à justiça retributiva, à justiça corretiva e à justiça em troca. MacCormick concorda que é necessária uma teoria mais abrangente de justiça, mas isso não é objeto da obra "Institutions of Law", mas de outros livros seus (Law, State and Practical Reason e Practical Reason in Law and Morality) (Cf. MACCORMICK, 2009b, p. 187-188).

É certo que poderá haver razões de justiça para invocar determinada norma, afastá-la ou postular uma nova compreensão que dela se tenha. É certo, também, que tais razões podem ser acatadas pelos Tribunais, pelo Congresso Nacional ou pela Administração Pública quando atuarem em suas respectivas esferas de competência. É certo, ainda, que, ao redor dessa norma, pode se instaurar um caso complexo (*hard case*). Mas tudo isso não nega a existência da norma e o núcleo de significado que possui, sobre o qual certamente haverá disputas de interpretação (que poderão ser maiores ou menores).

Considere-se a seguinte situação: o carro dirigido por Ana invade uma rotatória na qual se encontrava um veículo sendo conduzido por João. João reduz a velocidade sem dificuldades e os dois veículos seguem o seu trajeto.

Ana pode entender que a sua situação não configura transgressão à regra, porque aludida preferência se poria apenas em situações de potencial colisão, o que não se fez presente no caso. Ana pode entender que sua condução do veículo foi a mais correta por permitir a melhor utilização das vias públicas (fazendo fluir melhor o trânsito).

João pode entender que houve transgressão da regra que lhe dava preferência porque, embora não tenha havido risco concreto de colisão, teve que reduzir a velocidade de seu veículo em razão da entrada do outro veículo na rotatória, trazendo-lhe desconforto e reduzindo o fluxo de tráfego de sua via.

Essas diferentes perspectivas de entendimento da norma não negam a existência de uma regra que confere preferência ao condutor que primeiro esteja na rotatória. Não nega, ainda, que a norma está inserida num sistema de regras de trânsito cuja finalidade é regular o tráfego de veículos.

Pode até ocorrer que ambos os condutores ignorem a existência dessa regra. Mas essa regra ainda estará lá, orientando as condutas de outros condutores, o que se reconhece pela circunstância de que há uma ordenação no tráfego das rotatórias. Se tivesse havido um acidente, essa regra certamente seria um fator a ser considerado na imputação de responsabilidades, independentemente do conhecimento concreto dos condutores.

Mesmo sem acidentes, a regra pode ser invocada por um agente de trânsito presente no local naquele momento – detentor de competência para realizar de ofício a interpretação jurídica da situação – para aplicar ou não uma multa a Ana. Pode haver uma orientação administrativa já estabelecida para situações da espécie cujo cumprimento seja obrigatório para a autoridade.

Aplicada a multa pela autoridade de trânsito, Ana pode ou não propor a anulação judicial dessa penalidade, sempre em face da sua compreensão acerca da aludida regra, tendo que confrontar a presunção de legalidade do ato da autoridade.

O Judiciário, caso seja instado a se manifestar, pode considerar que a situação fática não estava abrangida pela regra e afastar a sua aplicação. Talvez já existam precedentes no Judiciário que possam orientar a decisão judicial. Tendo em vista o controle de constitucionalidade, o Judiciário pode até mesmo considerar que a regra deva ser afastada em face de sua desproporcionalidade. Nessa última hipótese, o Judiciário precisa desconstruir a presunção de legitimidade que favorece não apenas os atos da Administração Pública, mas as regras do Estado. Tudo isso, vale frisar, se for instado a se manifestar (não podendo, de ofício, afastar a aplicação da norma por considerá-la injusta, por exemplo).

A mesma decisão, todavia, não pode ser tomada no caso concreto pelo Presidente da República ou pelo Congresso Nacional,

independentemente das boas razões que possam ter. Poderão, no entanto, tomar novas iniciativas para alterar a norma.

A adequada compreensão de todos esses cenários impõe considerar a existência da regra que (i) está imersa num feixe de outras regras com a intenção de alcançar uma finalidade voltada ao bem comum, (ii) é constituída por uma prática social e (iii) é reconhecida *a priori* como vinculante para os indivíduos, que devem autonomamente decidir pelo seu cumprimento ou não (MACCORMICK, 1992, p.55).

Entender a extensão dessa regra passa então (i) por considerações a respeito do valor que lhe é atribuído pelas pessoas, (ii) pela identificação dos argumentos relevantes para afastar ou justificar sua aplicação e (iii) pela identificação dos órgãos perante os quais esses argumentos podem ser validamente utilizados.

Em todos esses cenários, é reafirmada e realimentada a existência de uma realidade normativa que certamente não se exaure no texto legal, mas é mais ampla do que a prática argumentativa sobre o que seja certo ou errado. Essa é uma realidade que permeia as relações sociais e é considerada pelas pessoas para agir.

Foi essa a constatação que orientou a teoria institucional do direito de MacCormick: voltada a revelar princípios de organização do material jurídico (formação de uma estrutura jurídica), a adequada compreensão do que seja o direito passa pela compreensão formal e material de normas, tais como praticadas socialmente e apreendidas pelos indivíduos, o que se faz por meio de regras explícitas e implícitas (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 17-21).

MacCormick, portanto, não pretende dizer simplesmente o que seja o direito (numa definição semântica, que pressuponha um convencionalismo sobre todas as práticas jurídicas explícitas e em todos os seus níveis), mas como se pratica o direito, realidade em que se

evidencia que ele não pode ser reduzido simplesmente a atos de autoridade ou ao juízo que as pessoas tenham sobre o que é certo ou errado, havendo sim um consenso mínimo que lhe dá sentido (até porque a experiência mostra que o sistema jurídico não vive a todo momento envolto em *hard cases*)[30].

Nesse projeto, como visto, é importante primeiro compreender como se constitui a normatividade do direito na perspectiva daqueles que o aplicam (*norm-users*) para depois avançar na perspectiva daqueles que estabelecem as normas (*norm-issuers* ou *norm-givers*), contexto no qual se estabelece a institucionalidade tratada anteriormente (a qual cuida mais da definição da decisão que deve prevalecer quando surgem dúvidas do que de pôr fim ao problema da ambiguidade).

Em todo caso, em vista da autonomia do agente moral, ganha sim relevância a discussão sobre o papel dos valores morais na compreensão do direito, sobretudo naqueles casos em que se instauram sérias divergências sobre a sua aplicação.

---

[30] Não ignora MacCormick que o direito se relaciona a dois outros campos do pensamento e da ação: a política e a moral. É, no entanto, uma ordem normativa que orienta a ação de determinado grupo social (aspecto interno que o aproxima da Moral), alicerçada na força coercitiva do poder político (aspecto externo que o aproxima da política). (MACCORMICK, 1997).

2.5 O direito e os valores morais[31]: o papel da moral na ordem normativa institucional

O tormentoso problema da moral (ou moralidade)[32] traz em si uma ambiguidade, pois ora expressa um código de conduta aceito por um indivíduo e por ele utilizado como parâmetro de julgamento da conduta de terceiros, ora refere-se a um código de conduta promovido pela sociedade (ou por uma comunidade), cuja inobservância conduz à difusa coerção social.

Em seu sentido descritivo, a moral hoje é compreendida como o código de conduta assumido pelo sujeito como imperativo e que, por isso, ele considera que

---

[31] Entendam-se como valores (sem qualificativos) os objetivos difusos (*pervasives*) e intersubjetivos (contrapondo-se às preferências, que são individuais) que orientam o agir e funcionam como normas que inspiram o processo decisório em quase todas as circunstâncias (MACCORMICK, 2009. p. 29-30). Essa definição está em conformidade com as premissas que animam os estudos contemporâneos dos valores, assim sintetizados por Abbagnano: "1º. O valor não é somente a preferência ou o objeto da preferência, mas é o preferível, o objeto de uma antecipação ou de uma expectativa normativa (…). 2º. Por outro lado, não é um mero ideal que possa ser total ou parcialmente posto de lado pelas preferências ou escolhas efetivas, mas é guia ou norma (nem sempre seguida) das escolhas e, em todo caso, seu critério de juízo (…). 3º. Consequentemente, a melhor definição de valor é a que o considera como possibilidade de escolha, isto é, como uma disciplina inteligente das escolhas, que pode conduzir a eliminar algumas delas ou a declará-las irracionais ou nocivas, e pode conduzir (e conduz) a privilegiar outras, ditando a sua repetição sempre que determinadas condições se verifiquem. Em outros termos, uma teoria dos valores, como crítica dos valores, tende a determinar as autênticas possibilidades de escolha, ou seja, as escolhas que, podendo aparecer como possíveis sempre nas mesmas circunstâncias, constituem pretensão do valor à universalidade e à permanência." (ABBAGNANO, 2003, p. 993). Para uma visão mais abrangente sobre a filosofia dos valores no século XX, vide: RINTELEN, 2008, p. 421-429.

[32] Como esclarece Bernard Gert, a concepção clássica de moral (termo derivado da tradição continental europeia) ou moralidade (termo derivado da tradição anglo-saxã) tem um sentido descritivo e contém duas características fundamentais: moral é (i) um código de conduta promovido por uma sociedade e (ii) aceito pelos membros dessa sociedade como um guia de comportamento. Ainda segundo Gert, essa concepção traz em si uma ambiguidade, que não era identificada nas sociedades pré-modernas, marcadas pela homogeneidade das comunidades. A moral refere-se apenas ao código de conduta invocado pela sociedade, ou haveria moral para outros grupos menores? Qual das duas características é realmente fundamental para se definir moral: se tivermos numa situação em que o código de conduta promovido por uma sociedade não é aceito como guia de comportamento por parte dos membros dessa sociedade, há ou não moral? Já na sociedade moderna (que é complexa), o código de conduta por ela promovido é muitas vezes diferente do que é aceito como guia de comportamento de determinados grupos e indivíduos. Na tentativa de superar essa ambiguidade e no contexto da sociedade complexa, a moral hoje é compreendida ora no sentido descritivo, ora no sentido impositivo (*normative*, que aqui se traduz como "impositivo" para não causar confusão com o sentido que se atribui nesta tese ao termo "normativo") (GERT, 2011).

deve ser universalmente adotado. Nessa concepção, é importante que a moral seja vista mais como um guia de comportamento aceito pelo indivíduo do que promovido por uma comunidade. Moralidade, no entanto, não se refere apenas a um guia de comportamento aceito por um indivíduo. Vai além, porque há a pretensão do agente moral de que todos que participam de seu grupo também aceitem essas regras como imperativas para si próprios (pretensão de universalização). Essa forma de ver a moral baseia-se na autonomia moral do agente.

Esse sentido é descritivo – ressalta Gert – porque uma pessoa pode se referir à moralidade alheia sem endossá-la. Ou seja, moral é qualquer código de conduta aceito por um indivíduo e que ele considere como merecedor de universalização[33].

Contrapondo-se a esse sentido descritivo, moral pode também ser compreendida numa perspectiva impositiva (heterônoma). Nesse sentido, é muitas vezes associada à tradição do direito natural, para representar o entendimento de que há um código universal de conduta que todas as pessoas racionais, submetidas a determinadas condições, deveriam adotar para governar o comportamento de todos os agentes morais (independentemente da circunstância de haver uma sociedade que siga esse padrão). Num sentido mais brando (como o de Rawls), moralidade é concebida como um sistema público, isto é, um conjunto de regras conhecido por todos aqueles que a ela estão submetidos e que não lhes seja irracional. Aqui, a moral tem ainda conotação heterônoma (coerção social) e é racional na medida em que esse julgamento moral se paute na apreciação do comportamento sob a ótica de sua suscetibilidade em provocar direta ou indiretamente danos a terceiros.

[33] Esclarece Gert que esse código de conduta é corretamente referido como moral apenas quando o sujeito entenda cabível a sua adoção pelas outras pessoas, mas não exija que elas façam isso. Esse sujeito pode julgar as pessoas que não adotam esse código de conduta como não sendo moralmente tão corretas como ele próprio é, mas não julga essas pessoas como sendo imorais.

Em todo caso, a moral diz respeito a pretensões a respeito do que deve ser observado, ou seja, é normativa e está relacionada ao reino do dever ser (seja para o sentido descritivo, que enfatiza a autonomia moral do indivíduo, seja para o sentido impositivo, que vê a moral como código heterônomo).

É essa ambiguidade que se observa na utilização do termo “moral” na prática social, havendo dificuldades para identificar se o seu sentido é descritivo ou impositivo. É o que ocorre, por exemplo, quando uma pessoa assevera que a moral proíbe ou exige uma determinada ação – há vários sentidos possíveis para a asserção.

A definição do sentido de moral pode, no entanto, ser elucidada a partir da seguinte indagação: por que esses princípios e regras morais têm autoridade sobre um agente moral? Se a resposta for porque a autoridade das regras morais deriva do próprio compromisso do agente com elas (tendo esse agente pretensão de universalização de suas regras), moral assume o sentido descritivo. Se a resposta for que a autoridade das regras deriva da coerção difusa (porém cruel) da comunidade, que faz com que o agente não se afaste do padrão de conduta (mesmo que não concorde com ele), o sentido é impositivo[34].

Entre essas duas perspectivas, MacCormick entende que a moral, na sociedade moderna, deve privilegiar o sentido descritivo.

A moral diz respeito a uma ordem normativa concebida para ser válida independentemente do poder (política) e que, além disso, tem a pretensão de ser universal em seu alcance, dirigindo cada agente moral como tal (MACCORMICK, 1997). Dentro de seu padrão moral cada agente tomará suas decisões (que poderão ou não se conformar a esse código) e julgará a conduta de terceiros.

---

[34] No caso (ii), o indivíduo está submetido a um poder, conquanto difuso e mal definido, e essas regras e princípios morais são um elemento da <u>política</u> da comunidade (sentido impositivo da moral). No caso (i), tem-se o sentido descritivo. (MACCORMICK, 1997, p. 1062-1067).

Por seu turno, a esfera da imposição de regras (heteronomia) hoje deve estar circunscrita ao direito, em que é possível ter a pretensão da objetividade interpessoal das decisões jurídicas em vista do seu elevado grau de institucionalização. Numa sociedade complexa e diferenciada, formada por indivíduos portadores de direitos, não é possível pressupor que as regras sociais possam se pautar preponderantemente por regras implícitas (apesar de essas regras existirem e cumprirem importante papel na normatividade do direito). Daí a importância do direito para explicitar regras e definir autoridades.

De fato, é traço relevante do direito moderno a circunstância de a controvérsia moral não impedir a fixação de uma regra jurídica. As instituições jurídicas conseguem alcançar aquilo que a deliberação moral não pode atingir: as instituições jurídicas podem estabelecer uma regra comum e, quando a regra é enunciada de forma insuficiente, há práticas jurídicas de raciocínio e interpretação que podem clareá-la e determinar seu conteúdo (por maior que seja a controvérsia moral).

Isso, no entanto, não afasta a importância da moral para o direito. Na verdade, a moral é fundamental para o direito.

Deveras, apenas um agente capaz de agir de forma autônoma – apto a julgar entre cursos de ação possíveis graças ao empenho voluntário em compreender uma ordem racional e perceber a ordem em ação – pode compreender plenamente o conceito de "ação errada" e, portanto, o de direito como “ação não errada” (apenas quando a regra for endossada por um agente moralmente autônomo, tem-se que a regra guia a conduta categoricamente[35]).

---

[35] De acordo com MacCormick, uma visão realista (pragmática) da autonomia acarreta a reinterpretação da noção kantiana. Na noção kantiana, a autonomia é um pressuposto transcendental (uma questão metafísica) de possibilidade do pensamento moral (como razão prática), ou seja, é uma condição de possibilidade para se pensar a razão prática. A visão pragmática, por seu turno, não vê a autonomia como pré-condição da razão prática, mas como uma virtude moral, de estar disposto e capaz de assumir a responsabilidade pela definição de seu projeto de vida, além de ter disciplina própria para aderir à sua própria convicção moral do que seja certo ou errado (MACCORMICK, 2009, p. 249-252).

Nessa linha, não devem ser negadas as imbricações entre a moral e o direito, na medida em que a moral fornece base para a crítica do direito posto. Com efeito, a moral[36] – compreendida como um sistema de regras que rege o julgamento e a ação do agente e que tem pretensão de universalização – resguarda uma característica fundamental da modernidade: a autonomia moral do indivíduo[37] [38].

Enfim, a melhor leitura da moral é aquela que a vincula à autonomia moral do agente, seja porque isso permite distinguir o direito da moral, seja porque o fundamento último para o julgamento prático normativo deve ser o da moral (vinculado a uma teoria da justiça) (MACCORMICK, 1997, p. 1067-1068).

---

[36] Nas palavras de MacCormick, cada agente moral tem um "direito" para si mesmo. Não apenas para orientar sua própria conduta, mas também para julgar a dos outros (MACCORMICK, 2009, p. 249).

[37] Para MacCormick, esse é um ponto fundamental do direito moderno, que foi bem percebido por Hart. Assim justifica MacCormick o legado de Hart, no particular: "(...) Hart afirma que a moralização do conceito de Direito por parte dos jusnaturalistas tende a uma forma extrema de conservadorismo (tudo o que é lei deve ser moral, portanto todas as leis são moralmente obrigatórias) ou à anarquia revolucionária (já que tudo o que é lei deve ser moral, deve-se desobedecer aos governos ou mesmo derrubá-los se o que propuserem como lei não for moralmente justificado). Contra isso, a atitude apropriada ao Direito é a que reconheça que a existência do Direito depende de fatos sociais complexos e que, portanto, sustenta que todas as leis estão sempre abertas à crítica moral. Pois não há nenhuma base conceitual para supor que o Direito que é e o Direito que deveria ser coincidem." Essa posição de separar Direito e Moral adquiriria para Hart, portanto, uma verdadeira razão moral, já que deixaria o direito sempre aberto à crítica, dentro de princípios da democracia social liberal: "O Direito, como ele é, deve estar sempre aberto à crítica e à reforma" (MACCORMICK, 2010, p. 41).

[38] Destaca MacCormick que a obrigatoriedade do direito não significa que as pessoas precisam reconhecer seu compromisso moral de respeitar a constituição e as leis feitas sob sua força. Deveras, não há nenhuma necessidade empírica de que haja uma adesão moral dos cidadãos à ordem normativa institucional. Diferentemente ocorre com as autoridades: essas pessoas assumem o compromisso de serem leais à ordem normativa institucional. Isso não é apenas uma solenidade formal. Esse compromisso é logicamente implícito, para viabilizar a própria existência dos órgãos que essas autoridades tornam presentes (como fatos institucionais). Há outro aspecto da efetividade da Constituição e das leis, que diz respeito ao seu cumprimento forçado (*enforcement*). Deve haver, pois, meios de impor o cumprimento do direito por intermédio das agências institucionais. Deve-se ter em consideração, assim, que toda ordem normativa institucional está fundada, em alguma medida, em práticas informais, segundo as quais o direito deve ser obedecido. Um sistema constitucional que funcione também depende da ativa fidelidade da maioria dos agentes públicos e no esforço de manter a harmonia do exercício do poder numa forma coerente (MACCORMICK, 2009, p. 52-58).

A moral, por isso, deve ser autônoma e, daí, discursiva e controvertida, contrapondo-se à institucionalidade formal do direito, que o torna heterônomo e autoritativo (MACCORMICK, 2009, p. 255).

De um lado, não se pode dissolver todo o direito na moral, porque isso importaria ignorar o papel desempenhado pelas categorias jurídicas construídas ao longo dos séculos como direito subjetivo, dever, ilícito e responsabilidade, e o papel da legislação no desenvolvimento do Direito (ou seja, a natureza institucional do direito moderno). De outro, não se pode pretender que a solução jurídica dissolva a controvérsia moral, tendo em vista que uma decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do aborto não poderá (nem deve) pacificar a mente de todos os cidadãos (apesar de eles estarem vinculados a essa decisão).

2.5.1 A divergência sobre o direito e a influência da moral

A prática judicial evidencia que o direito não se encerra no texto legal, visto que outros fundamentos são invocados na argumentação jurídica. Além disso, nem sempre é possível conceber a *priori* as condições necessárias e suficientes daquilo que será reconhecido como jurídico (DWORKIN, 2007b, p. 99).

Por outro lado, juízes não jogam dados quando se deparam com uma dúvida acerca da melhor interpretação do direito, pois se supõe que têm a obrigação de decidir da melhor maneira possível (e nessa pressuposição os juízes de boa-fé exercem sua jurisdição) (DWORKIN, 2007b, p. 100-103).

Onde, então, está o apoio do direito em situações controvertidas, em que não é suficiente socorrer-se de uma regra previamente estabelecida que demonstre um consenso (a existência de uma regra com *pedigree*)?

Não basta a capacidade da autoridade de tomar uma decisão definitiva (decisionismo). O fundamento está também no conteúdo da proposição que almeja juridicidade, que, para tanto, precisa prestar contas à sociedade e ao entendimento que essa sociedade tem do que seja certo ou errado (isto é, a

decisão deve levar em consideração a autonomia moral dos sujeitos a ela submetidos)[39].

É dizer, o aplicador do direito (cidadão/administrador/legislador/juiz) terá discricionariedade relativa para tomar sua decisão, à luz dos padrões que pessoas razoáveis respeitam e podem adotar, sendo que todos – do cidadão (em maior grau) ao juiz (em menor grau) – estarão sujeitos a prestar contas de suas escolhas. Os Tribunais, advogados e juristas não concebem, em sua prática, a discricionariedade como a possibilidade de tomar qualquer decisão.

A primeira limitação ao arbítrio situa-se no próprio texto legal. Embora demandem interpretação, esses textos são um ponto de partida no processo decisório. Nesse contexto, tem-se que a falta de perfeita determinação do texto revela também uma determinação relativa proporcionada por ele, que serve como ponto de partida comum a diversas pessoas, em contraste com a radical indeterminação interpessoal da pura argumentação moral (MACCORMICK, 2009, p. 266-267). Um sistema jurídico que prestigie a esfera da autonomia moral do agente concebe a justiça como um limite implícito à atuação das autoridades. Apesar de o juiz (e o legislador) estar sujeito à tentação de impor determinadas obrigações morais à comunidade (sua visão particular do que seja certo ou errado), deve lhe ser exigido que restrinja sua atuação a determinar a observância dos deveres de justiça, que, como virtude dos agentes morais, consiste em cumprir as obrigações estabelecidas em favor de outras pessoas (independentemente da motivação[40]), não mais nem menos (MACCORMICK, 2009, p. 266-267).

---

[39] Adotando diferentes perspectivas de enfrentamento para essa resposta, vide DWORKIN (2007b, p. 107-113) e MACCORMICK (2009, Caps. 14 e 16).

[40] A respeito, adverte MacCormick que não é função do direito ou do Estado regular a opinião moral dos cidadãos ou interferir em sua liberdade de pensamento, de crença ou de pensamento. Os deveres de justiça (segundo uma concepção razoável de justiça) podem ser impostos sob as penas da lei. Para além disso, o direito degenera em tirania (MACCORMICK, 2009, p. 270).

Além disso, a autoridade do direito precisa ser uma realidade (tanto para aqueles que concordam como para aqueles que discordam da decisão), que se impõe por meio não só da coerção, mas também pela sua aceitação voluntária ou irrefletida (um hábito) por parte dos cidadãos (MACCORMICK, 2009, p. 259).

Com efeito, para além da circunstância de o direito ter aptidão para gerar decisões (não obstante a controvérsia moral que possa se instalar), é um imperativo lógico que haja aceitação geral do direito pela comunidade. Nesse particular, as determinações jurídicas estão lastreadas tanto no peso da opinião moral quanto na força coercitiva e nas expectativas comuns.

Essa é uma segunda ordem de limitação à ilimitada arbitrariedade da autoridade. De fato, ordens jurídicas institucionalizadas dependem de **hábitos a respeito das regras,** ou seja, na referência habitual, em alguns contextos, a alguma espécie de texto jurídico (leis, precedentes, estatutos).

O hábito ou a disposição prática das pessoas engajadas no trabalho jurídico deve envolver o ânimo de conferir respeito a qualquer material jurídico relevante encontrado em textos, precedentes ou estatutos, lidos em harmonia com os princípios e valores aos quais eles dão expressão, sem a necessidade de engajarem-se numa atitude crítica reflexiva (nenhuma prática social sobrevive à circunstância de os sujeitos problematizarem a todo o momento as instituições nas quais operam) (MACCORMICK, 2009, p. 69).

Essa possibilidade de as pessoas adquirirem hábitos a respeito das regras pressupõe uma situação de normalidade na sociedade civil, que MacCormick denomina civilidade[41].

---

[41] Civilidade, de acordo com MacCormick, diz respeito às condições necessárias para que as pessoas tenham confiança mútua de que não estarão sujeitas à violência ilegítima e que situações que provoquem quebra dessa expectativa estarão sujeitas a severo escrutínio (MACCORMICK, 2009, p. 266).

A civilidade faz com que o conteúdo da ordem jurídica não possa ser arbitrário, embora haja uma grande variedade de escolhas entre distintas formas de preencher as categorias básicas do direito.

No Direito moderno, os hábitos a respeito das regras formaram-se no contexto do Estado de Direito e do constitucionalismo.

Em seus diversos ramos, o Direito moderno está comprometido com a formação das condições de florescimento da sociedade civil (sendo certo que o direito *per se* não é condição suficiente para isso): o direito público trata da regulação do exercício do poder em vista do bem comum; o direito penal engaja-se na repressão de ofensas que tragam elevada carga de preocupação moral (desde homicídio e crimes contra o patrimônio até crimes de improbidade e de lavagem de dinheiro); o direito privado busca oferecer um sistema de regras que permita a constituição de relações entre sujeitos livres e iguais, definindo as condições para tanto e os remédios compensatórios em caso de danos (justiça corretiva, que cuida de restabelecer as trocas dinâmicas do mercado [propriedade, capital, trabalho, bens e serviços]) (MACCORMICK, 2009, p. 171, 187, 207, 263-264).

Em todos esses ramos, observa-se que o direito é necessariamente guiado por alguma concepção de justiça, levando em conta aspectos distributivos (do direito público), retributivos (do direito penal) e corretivos (do direito privado) da justiça, no contexto do Estado de Direito, que busca legitimar e limitar o poder coercitivo do Estado.

Por mais que possa haver corrupção e desvios por parte dos agentes encarregados de aplicar e interpretar o direito, não é possível a qualquer sujeito participar de forma inteligível das práticas sociais do Direito moderno sem que haja uma orientação voltada à implementação da justiça (nem que seja uma retórica vazia) (MACCORMICK, 2009, p. 264).

Esse pano de fundo da moralidade integra o direito: o direito deve ser justo e deve servir ao bem comum em relação a todos aqueles que estão submetidos a sua autoridade.

Não obstante isso, o direito frequentemente falha em ser o que deveria ser. Isso significa dizer que o compromisso do direito com uma ideia de justiça não garante efetivamente que seja ela alcançada (seja em razão da corrupção, da incompetência ou da divergência). Mas o ponto moral do direito tem consequências, como a de permitir o engajamento da crítica moral do direito, que tem o importante papel de influenciar e modificar, por meio do sistema político, o sistema jurídico por meio de reformas (MACCORMICK, 2009, p. 264).

Sendo assim, o direito não pode abrir mão de visão de justiça. Com efeito, a ampla divergência sobre o que é justo não impede a constatação pelas pessoas de que há situações injustas em qualquer sentido razoável que se tenha para justiça (MACCORMICK, 2009, p. 241).

Com esses elementos, MacCormick afirma que "é, portanto, possível estabelecer amplos limites para o que pode ser aceito como uma lei válida. Medidas injustificáveis e sem lastro em qualquer argumento moral razoável não podem ser consideradas como leis válidas" (MACCORMICK, 2009, p. 242).

É nesse contexto que se vê, após a II Guerra Mundial, a formação de uma agenda de institucionalização dos direitos humanos, voltada a impor limites materiais sobre o exercício do Poder, para além das clássicas limitações formais

do Estado do Direito, transformando princípios morais e limites normativos ao poder público[42].

Desse modo, apesar da distinção conceitual entre direito e moral, há constantes imbricações entre essas duas esferas, merecendo destaque as atividades de interpretação e de argumentação jurídicas (feitas pelo juiz que aprecia o caso, pelo cidadão que leva sua pretensão aos Tribunais e pelo administrador público que resiste à pretensão do particular etc.) (MACCORMICK, 2009, p. 258-261).

Enfim, a distinção entre as esferas normativas do direito e da moral não autoriza a adoção de um positivismo formalista que torne as normas jurídicas disponíveis e contingentes. O conteúdo do direito – conquanto possa assumir incontáveis configurações (havendo amplas possibilidades de escolha para preencher as categorias básicas do direito) – não é arbitrário, pois há uma agenda moral mínima (MACCORMICK, 2009, p. 169).

Disso resulta a possibilidade de estabelecer-se uma marca numa régua de justiça em que a ausência de qualquer pretensão de justiça conduz à corrupção do direito? Não. Esse não é um empreendimento viável (MACCORMICK, 2009, p. 272).

Isso porque um critério positivo de certeza da lei é um atributo que institucionalmente se estabelece em determinados contextos e não em abstrato. Pode haver critérios institucionais que sirvam para definir *prima facie* a certeza do direito (a promulgação de uma lei, por exemplo). Mas isso não servirá para todas

---

[42] Ainda que permaneçam abertas questões como o fundamento moral dos direitos e sua utilidade (com severas críticas a essa cultura dos direitos), esse cenário de institucionalização é uma realidade no direito (nacional e internacional), cuja constituição passa pela criação da ONU e pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pela Declaração Americana dos Direitos Humanos (1948), pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), pela adoção de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) e pela instituição da Corte Europeia dos Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), pela força dos direitos fundamentais em Constituições pós II-GM (como a constituição alemã) etc. (MACCORMICK, 2009, p. 190-196).

as situações. Nos casos difíceis, não haverá um critério pré-definido, apesar de haver referências institucionalmente estabelecidas de normalidade que devem orientar a decisão (papel esse que contemporaneamente é cumprido pela institucionalização dos direitos humanos) (MACCORMICK, 2009, p.272-274 e 277).

No limite, isso representa que:

> (…) a autonomia moral traz certas exigências para o direito, e louva a recusa à denominação de direito a normas positivadas que violem qualquer concepção razoável de justiça [...]. Nessa análise, as leis não são necessariamente justas ou boas. Elas podem ser baseadas em graves equívocos sobre o bem comum e ainda assim cumprirem os testes internos para a validade jurídica. Mas há moral mínima, sem a qual o pretenso direito é não-direito. “Não é mais lei, mas sim uma corrupção da lei”. Então, o dever de uma pessoa decente é evadir-se, desobedecer, até resistir na medida em que isso seja viável. Nessa situação, “obedecer pontualmente, mas censurar livremente" é uma postura errada nas duas pontas: a possibilidade de livre crítica das práticas de governo não está disponível, e os motivos de obediência voluntária não existem (MACCORMICK, 2009, p. 278, tradução livre).

Em síntese, em situações de normalidade (nas quais se respeite a máxima de que a prática interpretativa do direito seja guiada por qualquer concepção razoável de justiça), a decisão jurídica tem a autoridade do direito para toda a comunidade (os favoráveis e os desfavoráveis à decisão), ainda que se considere a autoridade um agente moral que deve arcar com a responsabilidade moral de sua decisão (MACCORMICK, 2009, p. 260-261)[43].

É dentro dessa situação de normalidade – na qual se funda a concepção de Estado de Direito hoje com o apoio à força dos direitos humanos – que se estabelece a teoria institucional do direito (MACCORMICK, 2009, p. 279).

---

[43] MACCORMICK. Neil. Institutions of Law: an essay in legal theory. p. 260-261.

2.6. Entre o direito e a política: a função do poder na teoria institucional do direito

A política diz respeito ao exercício do poder de governar, o que se manifesta por poderes unilaterais e voltados ao bem comum. Unilaterais na medida em que são formados por atos que geralmente não dependem do consentimento daqueles a quem a decisão é dirigida ou por ela são afetados, pois podem ser impostos por meio do uso da força. Voltados ao bem comum, porque seu exercício deve ser desprovido de favoritismo pessoal (esse é o conteúdo mínimo de interesse público, que não precisa ser necessariamente interesse de todos) (MACCORMICK, 2009, p. 172).

No Estado de Direito, interesse público é associado a um sentido mais forte e está relacionado à ideia de bem comum, o que exige: i) o justo tratamento de todas as pessoas sujeitas à jurisdição estatal, de acordo com uma referência estável de justiça; e ii) que o governo se conduza tendo em vista a manutenção ou a promoção do bem-estar de todos (MACCORMICK, 2009, p. 172-174).

A disputa pelo poder político envolve embates entre programas políticos distintos, com concepções de bem comum e justiça. Como o Estado de Direito é compatível com inúmeras ideologias ou programas políticos, deve ele se caracterizar pela garantia de igualdade de oportunidades no acesso ao poder político (democracia).

No Estado de Direito, contudo, o exercício do poder público encontra limitação não apenas nas obrigações que devem ser perseguidas (voltadas ao bem comum, na forma do programa escolhido democraticamente), mas também na proteção dos direitos fundamentais daqueles que são afetados (que impõem limites aos meios da ação estatal) (MACCORMICK, 2009, p. 174-176).

Disso tudo resulta que, em Estados constitucionais democráticos, o direito público tanto define o conteúdo da política quanto fixa a moldura em que ocorre a ação política[44]. Por outro lado, a política elabora o conteúdo da ordem jurídica que, apesar de não ser arbitrário, pode assumir distintas configurações (MACCORMICK, 2009, p. 169).

Essa interconexão estreita entre direito e política traz à tona algumas indagações (MACCORMICK, 2009, p. 176-180).

Como o exercício do poder político não conduz ao colapso do direito, considerando a natural propensão de a ação política buscar reformular todo o direito à luz das circunstâncias do momento?

Como o direito não conduz ao esvaziamento da política, na medida em que funciona como um constante limitador de sua atuação?

Basicamente, não ocorre o colapso entre o direito e a política porque a sociedade moderna é formada por sistemas[45] fechados, autorreferenciados e

---

[44] MACCORMICK, Neil. Institutions of Law: an essay in legal theory. Oxford University Press, 2009. p.176.

[45] MacCormick sugere que a teoria dos sistemas de Luhmann oferece um poderoso acervo teórico para entender a interconexão entre direito, política e economia (elementos esses que integram a vida social contemporânea). Não ignora MacCormick que, para Luhmann, o ser humano aparece no sistema físico interagindo com os outros sistemas circundantes. Essa tese de Luhmann, no entanto, não convive com a premissa da autonomia moral do sujeito. Nas palavras de MacCormick: “The fundamental premises of the argument form moral autonomy come first, as far as I am concerned. Human societies are societies of persons with capacity to realize moral autonomy in their lives. This can occur in conditions of civil society (perhaps in others as well, but certainly in civil society), where civil interaction of persons is possible. Civil society requires some form of law, and the legal order of a constitutional state, or law-state, is certainly a key element in securing civility. But other key elements are economy relations and politics. To accept system-theory for the light it sheds on these interacting elements does not require one to abandon critical judgment in respect of some less convincing parts of the theory.” (MACCORMICK, 2009, p. 303).

diferenciados, que se influenciam, mas que não se anulam, haja vista operarem em espaços distintos, com linguagem própria[46].

No sistema político, as leis são o produto (*outputs*) da atuação da política e, no seu processo decisório, os políticos levam em consideração interesses econômicos, questões morais e até jurídicas.

Essas mesmas leis construídas pelo sistema político segundo sua lógica de poder são recebidas como insumo (*input*) pelos Tribunais (sistema jurídico), que as trata como um material jurídico ao lado de outros (outras leis, a Constituição, tratados internacionais, princípios). Desse processo jurídico, resultará uma decisão jurídica (*output* do subsistema jurídico).

Essa decisão judicial será recebida pela Administração Pública como um insumo político, ao lado de outros (como demandas da comunidade de eleitores, metas políticas, orçamento etc.), e, nesse processo, gerará uma decisão política. E assim por diante.

A lei estabelecida pelo Legislativo gera, portanto, uma comunicação entre o sistema político e o jurídico em diversos momentos, com códigos próprios: i) o processo legislativo (debates políticos e formulação da lei); ii) a lei promulgada; iii) a interpretação pelos juízes e Tribunais; iv) a resposta dos políticos à interpretação feita pelos Tribunais.

Nessa comunicação, a Constituição ocupa um papel de destaque.

A respeito desse assunto, Luhmann enfatiza que, não obstante "a ideia de que a sociedade política possa ser dada de forma jurídica ou possa ser fundada mediante contrato (...) integra uma longa tradição" (LUHMANN,

---

[46] "Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código direito/não-direito, e por outro, o código poder/não-poder. Esses sistemas servem para funções diferentes e assim projetam códigos e funções de modo diverso. São reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente. As suas respectivas autoreproduções (*autopoiésis*) são assim realizadas em redes, networks, em tudo muito diferentes. Um mínimo de rigor teorético impede a sua identificação." (LUHMANN, 2006, p. 16).

2006, p. 4), o Estado Moderno lança novas luzes sobre essa questão ao consagrar a ideia de Constituição como lei fundamental.

Com efeito, no Estado Moderno, a Constituição funciona como uma reação à diferenciação entre direito e política, atuando como uma religação entre esses dois sistemas, um mecanismo de comunicação entre essas duas esferas[47].

De um lado, a Constituição remete-se à política por meio de conceitos jurídicos, o que foi essencial para viabilizar que o direito se formasse como sistema fechado, pelo qual a política se sente obrigada a respeitar o direito[48].

Mas não é só. Na consciência do constitucionalismo, as Constituições valem não apenas como instituições do sistema jurídico, mas também como instituições do sistema político. Luhman atribui isso à necessidade de, na teoria

---

[47] Observa Luhman que não é possível identificar causas específicas e categóricas para demonstrar a razão de a Constituição funcionar como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas. Na verdade, constata-se que a Constituição contribui para a estabilização dos sistemas político e jurídico e que hoje funciona como um pressuposto desses sistemas. Pode-se fazer uma comparação, por exemplo, com relação à linguagem, que funciona como acoplamento estrutural entre a comunicação e a consciência; ou, ainda, com relação aos diplomas universitários, que funcionam como acoplamento estrutural entre os sistemas educacional e o econômico. Esses são também exemplos de Luhman de acoplamentos estruturais, que são inevitáveis em sociedades complexas (LUHMANN, 2006, p. 29).

[48] Nas palavras de Luhmann, "A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política." (2006, p.16). O conceito de acoplamento estrutural vem explicitado pelo autor: "O conceito de acoplamento estrutural foi escolhido no sentido de evidenciar contemporaneamente os limites dos encargos que [cada sistema] é capaz de suportar, e o que equivale a dizer o seu próprio não funcionamento. Esse conceito, é claro, não pode eliminar a identidade e a autonomia dos sistemas acoplados e não pode tampouco nem mesmo integrá-los em uma ordem hieráquico-assimétrica. E é vã a tentativa de se buscar nesse problema uma idéia definitiva em uma fórmula unitária. A diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político não pode ser controlada nem por uma parte, nem pela outra. A partir do momento que o sistema político resolve com a Constituição os problemas de sua própria referenciabilidade, esse emprega portanto o direito. Esse emprego do direito só pode funcionar, no entanto, porque os sistemas não são congruentes, porque não se sobrepõem nem mesmo em uma medida mínima, mas, ao contrário, o sistema político pode se servir do sistema jurídico mediante hetero-referenciabilidade e, assim, mediante o recurso a um outro sistema funcional. O conceito de Estado, do mesmo modo, assinala a um só tempo uma organização e uma pessoa jurídica - segundo o sistema a partir do qual seja considerado". (LUHMANN, 2006, p. 22-23)

política, resolver-se o problema da soberania, o que seria alcançado com a Constituição.

Retomando o conceito de Carl Schmitt, para quem soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, Luhman entende que o problema da soberania "caracteriza a unidade do sistema como um problema de decisão". Prossegue na mesma assentada: "Em qualquer parte do sistema, assim diz a doutrina, deve existir a possibilidade de se decidir de modo não vinculado (independente, livre, arbitrário) e o sistema só pode se afirmar como uma unidade sem conflito (pacífica) se existir uma instância decisória desse tipo e sempre que não aconteça que todo nobre ou todo sindicato pretenda uma parte para si" (LUHMANN, 2006, p. 16-17). A Constituição funciona como referência política para resolver o problema da soberania.

Em síntese, dado que "nenhum sistema pode nascer e se reproduzir em bases exclusivamente autoreferenciais", a Constituição permite que se alcance um "incremento de complexidade alcançado com a separação e a conexão entre sistema político e sistema jurídico". Ou seja, "a novidade do projeto de Constituição do século XVI reside no fato de que a Constituição torna possível, a um só tempo, uma solução jurídica para o problema da auto-referenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico" (LUHMANN, 2006, p. 23-24)[49].

É certo que a projeção desse modelo – em que a Constituição atua como meio de comunicação entre os sistemas político e jurídico – depara-se com desafios para perpetuar-se como modelo no futuro. Seja porque há dúvidas sobre a capacidade de a política institucionalizada pela Constituição dar conta de demandas sociais relacionadas às minorias, à economia globalizada e mesmo às relações internacionais (e, nessa medida, o problema decisório da política precisa

---

[49] "A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua freqüência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente." (LUHMANN, 2006, p. 25).

repensar a ideia de soberania), seja porque o direito constitucionalizado deixa de ser visto apenas como veículo de resolução de conflitos, mas também é pressionado a induzir comportamentos específicos, interferindo na definição de políticas públicas.

"Isso não significa necessariamente que se possa renunciar às Constituições", significa, sim, que a Constituição deverá se confrontar com essa realidade (LUHMANN, 2006, p. 35). Ainda hoje, de qualquer modo, a Constituição é espaço privilegiado de compreensão dos sistemas jurídico e político, bem como de suas interconexões.

Enfim, numa perspectiva política, a Constituição é a moldura para a ação política. Numa perspectiva jurídica, a Constituição é a fonte do poder jurídico e o fundamento da validade jurídica (MACCORMICK, 2009, p. 177-178).

Deve-se ter claro, no entanto, que nem sempre essa comunicação é tranquila e exitosa.

Não raro, ocorrem falhas na implementação de programas políticos gestados pelo legislador. Isso pode acontecer quando a lei feita pelo legislador, ao ser integrada ao ordenamento jurídico, não permitir alcançar o resultado político previsto ou mesmo pela atuação abusiva do poder jurisdicional de negar vigência à política legitimamente estabelecida.

Significa dizer que a atuação política exitosa – que passa pela implementação da legislação – deve ainda ser coerente com a ordem jurídica posta e veicular de forma eficiente os valores almejados pelo processo político vitorioso (MACCORMICK, 2009, p. 178-180).

E como se deve conduzir o Judiciário?

Sem ignorar que haja uma dimensão política na atividade jurisdicional, isso não precisa significar que haja uma vinculação político-partidária dos magistrados. É dizer, a imparcialidade judicial é um valor

político, que é relevante e deve ser perseguido (MACCORMICK, 2009, p. 180-182).

Com efeito, na perspectiva da política, a desvinculação do Judiciário da política partidária é uma preciosa aquisição, que deriva da ideia de Estado de Direito, a qual separa as funções Legislativa e Executiva da Judiciária.

O Judiciário precisa ter claro que, dentro dos limites jurídicos, o exercício do poder político encontra inúmeras possibilidades de atuação. Na verdade, o Direito não dá a receita do sucesso para a política nem tem condições de fazê-lo. É condição necessária, mas não suficiente para a existência de um Estado e de um sistema político (Estado de Direito). A existência e a manutenção de um sistema político e do Estado exigem também força e organização política.

Como sentencia MacCormick, "o direito apenas facilita, enquanto o sistema político conduz os negócios do governo" (2009, p. 184), havendo nesse último infindáveis embates entre pretensões de superioridade na condução da vida pública.

Decorre disso tudo que compete à política modificar a forma de vida das pessoas, promovendo o bem-estar dos cidadãos e uma distribuição justa das riquezas entre elas, dentro dos limites do direito[50].

Considerando que o poder político é um poder jurídico, não pode ser negada a jurisdicionalização de questões políticas, que deverão ser decididas por um Judiciário independente, o qual certificará a legitimidade ou o desvio do poder do ato questionado, a partir de uma argumentação jurídica.

Deverá ser rotulado como indevido o exercício da atividade jurisdicional submetida à interferência política irregular, como a ameaça dos agentes políticos sobre os juízes. Pode também ocorrer interferência política irregular na atividade

[50] No Estado de Direito, os cidadãos atribuem à legitimidade um importante componente da atividade política (cf. MACCORMICK, 2009, p.183-184).

jurisdicional quando os juízes se envolvem na atividade política, resistindo à legislação que implementou reformas políticas (MACCORMICK, 2009, p. 178).

Tudo isso são anomalias a serem evitadas no Estado de Direito, cujo traço marcante é rejeitar autoridades absolutas, que busquem as condições de validade do exercício de seu poder político apenas em suas próprias palavras (o que vale tanto para o Legislativo quanto para o Judiciário) (MACCORMICK, 2009, p. 180).

2.7. A dinâmica do direito como ordem normativa institucional

A constituição de uma ordem normativa institucional formal não põe fim exatamente ao problema das noções vagas, mas se volta mais à definição da decisão que deve prevalecer em situações de dúvida. Em ordens normativas formais, há uma instância definida para decidir a respeito de controvérsias e dúvidas, que deve se comportar em conformidade com o sistema normativo ao qual esteja vinculada (MACCORMICK, 2009, p. 22-24).

Para entender a perspectiva de análise que se adota, cabe uma ilustração.

É de conhecimento comum a regra do direito do trabalho que estabelece ser um direito potestativo do empregador rescindir o contrato de trabalho, sendo desnecessária a motivação para tomar essa iniciativa (salvo situações excepcionais previstas na legislação, tais como doença do trabalho do empregado ou estado gravídico da empregada).

Se, todavia, a demissão imotivada de um empregado puder ser associada implicitamente à conduta preconceituosa do empregador, a Justiça do Trabalho poderá entender que a rescisão é inválida, amparando-se em interpretação que faça do abuso do direito. Pode-se entender que a leitura mais coerente do sistema de regras levaria à condenação do empregador ao pagamento de indenização, em vez de ao restabelecimento do vínculo de emprego. Mas a Justiça pode entender

que a melhor solução para o caso passa pela declaração de nulidade do ato de rescisão[51].

Esse exemplo ajuda a evidenciar que o sistema de regras do direito confere certa previsibilidade para as condutas, mas não é infalível. Isso porque pode conceber justificativas legítimas para negar validade a atos que estariam conformados às regras[52].

De fato, o sistema normativo oferece condições ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes para a validade ou solidez dos arranjos jurídicos (instituições jurídicas) pelas quais direitos, deveres, responsabilidades e faculdades se tornam operativos. A derrotabilidade (*defeasibility*) diz respeito a exceções juridicamente justificáveis para essas condições (MACCORMICK, 2008, p. 322).

---

[51] Assim entendeu o Tribunal Superior do Trabalho, para reformar acórdão do Tribunal Regional do Trabalho que aplicara o entendimento prevalecente de que é cabível a dispensa imotivada. Entendeu o TST, no caso, que a dispensa imotivada de empregado público (aprovado em concurso público) um dia após tomar posse representaria abuso de direito. A ementa esclarece: "DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 247 DA SBDI-1 - CONDUTA DISCRIMINATÓRIA - ABUSO DO DIREITO 1. Não obstante as sociedades de economia mista, no que se refere às relações trabalhistas, submetam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, podendo efetuar demissões imotivadas, a elas é vedada a prática de atos discriminatórios, como sói acontecer com qualquer empregador. 2. Há de aplicar-se, no caso, a teoria do abuso do direito, pela qual é ilícito o ato que, embora esteja abstratamente nos lindes do direito, afronta a sua finalidade (ou, como diria JOSSERAND, o espírito da lei). 3. Configura-se exercício abusivo do direito de demitir a conduta do Reclamado que, após realização de concurso público, convocou e deu posse ao Reclamante, para demiti-lo sumariamente no dia seguinte. (…) Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido." (TST-RR-97/2001-007-17-00.1, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 1/6/2005, 3ª Turma, Data de Publicação: 24/6/2005)

[52] Na vida cotidiana, anota MacCormick, as relações e posições jurídicas das pessoas não são postas em dúvida. Assim, por exemplo, se uma pessoa assina uma petição indicando um número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil, não terá essa posição contestada, podendo assinar recursos, participar de audiências. Isso tudo ocorre porque a atuação do sujeito é feita num contexto institucional em que a atuação, seguindo determinados padrões, é presumivelmente válida e, nesse contexto, não será objeto de um entendimento consciente, salvo se algo começar a dar errado. Isso, adverte o autor, traduz uma característica do direito que se refere à possibilidade de as situações jurídicas estarem sujeitas a serem desafiadas perante instituições próprias e serem por elas invalidadas a partir de uma interpretação autoritativa do direito. Essa possibilidade é por ele denominada "*defeasibility*" (contestabilidade ou derrotabilidade) (MACCORMICK, 2009, p. 163-166).

Enfim, o direito moderno passa por um sistema de regras[53], mas as práticas sociais (dos Juízes e dos advogados) evidenciam que não se exaure nela.

Como argumenta Dworkin, "uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira". Assim, "uma enunciação 'plena' de uma regra deve incluir suas exceções e que a formulação de uma regra que despreze as exceções será 'incompleta'" (DWORKIN, 2007b, p. 119-120)[54]. Ressalta, ainda, Dworkin que, frequentemente, as exceções não podem ser percebidas *a priori* pelo intérprete e nem podem ser pensadas como uma lista exaustiva.

No mesmo sentido, esclarece Guastini que "todos os princípios metodológicos da interpretação são diretrizes derrotáveis: é dizer, todos admitem

---

[53] Regras são normas que possuem dois elementos essenciais: i) a especificação de uma situação de fato (fatos operativos); ii) a fixação daquilo que deve suceder quando essa situação ocorre (consequências normativas. Diferentemente de regras, cujos fatos operativos delineiam circunstâncias específicas de aplicação, há os princípios, que são generalizações de valores cuja observância ajuda a assegurar o valor em questão (valores almejam, por definição, serem universalizados). Valores são normas que inspiram o processo decisório levando em consideração todas as circunstâncias, sem delinear circunstâncias particulares de aplicação. É nesse sentido que MacCormick utiliza "regra" e "princípio" para a teoria institucional do direito, o qual será contemplado neste trabalho.
Entre esses dois polos, há regras que se valem de conceitos indeterminados. É possível que regras formuladas explicitamente incorporem em si padrões, sem explicitar de forma precisa os fatos operativos ou as consequências jurídicas. Considere-se uma regra que diga: "o locatário deve avisar, com prazo razoável, a sua intenção de rescindir o contrato, sob pena de ter de pagar indenização proporcional ao proprietário". Essa regra tem aplicação absoluta ou estrita, na medida em que afasta a possibilidade de a conduta ser objeto de decisão que parta de um vasto terreno de princípios (a regra estabelece que o direito de rescisão do locatário se baliza no fator tempo e que a consequência jurídica pela inobservância desse preceito é indenização e não outra coisa) (p. 30-31). (Cf. MACCORMICK, Neil. Institutions of Law: an essay in legal theory. Oxford University Press, 2009. p. 24-26 e p. 28-30).

[54] Esse foi um dos motivos que levou Dworkin a apresentar sua distinção entre princípios e regras: "Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios." (2007b, p. 121-122)

exceções que não podem ser enumeradas de forma antecipada" (GUASTINI: 2010; p. 51).Vale ressaltar que a derrotabilidade não é uma propriedade objetiva das normas. Ao revés, é um produto da interpretação. Nas palavras de Guastini, "apenas a interpretação pode introduzir, às vezes, exceções implícitas às normas, mediante a técnica da 'dissociação'" (GUASTINI: 2010; p. 76)[55].

De todo modo, não se pode ignorar que o sistema de regras oferece uma fórmula que funciona como presunção, de como as coisas seguirão: em situações de normalidade, se uma pessoa, tendo as qualificações *q*, realiza um ato *a*, de acordo com o procedimento *p*, nas circunstâncias *c*, então um caso válido da instituição *I* existe (MACCORMICK, 1992, p. 71).

De forma analítica, explica MacCormick:

> Meu ponto é que mesmo em situações nos quais o Direito imponha requisitos claros de validade para um ato jurídico, qualquer ato que seja praticado em conformidade com esse regime deve ser considerado presumivelmente válido, salvo se for desafiado. Esse desafio deve ser baseado também na proposição de que condições legais não foram verdadeiramente satisfeitas ou que a presença de um fato superveniente pode viciar a validade do ato ou da instituição (cf. Riggs v. Palmer). (MACCORMICK, 1992, p. 72, tradução livre)

Essa postura traz repercussões práticas na forma de encarar o direito moderno e permite ver a interconexão entre as instituições jurídicas e a moralidade, bem como explicitar as funções do Legislador e do Juiz. Nas palavras de MacCormick:

> Em relação à legislação, é certo que compete em primeiro plano aos parlamentos e aos governos decidir as políticas que devem ser implementadas e os meios legislativos adequados para tanto. Mas a função de aplicar o direito de forma segura, harmônica e que lhe dê sentido é dos

[55] Tradução livre dos seguintes trechos: todos los principios metodológicos de la interpretación son directivas 'derrotables' [em inglês: defeasables]: es decir, todos admiten excepciones que no pueden enumerarse de forma anticipada" (GUASTINI: 2010; p. 51) [...] e "Es La interpretación, y solo la interpretación, la que a veces – mediante la técnica de la 'disociación' – introduce en las normas algunas excepciones implícitas" (GUASTINI: 2010; p. 76)

> Tribunais por excelência [...]. Regras como fatos institucionais não são o direito por inteiro, mas elas são uma parte essencial do Direito, pelo menos nos sistemas desenvolvidos. (MACCORMICK, 1992, p. 73, tradução livre)

Essa essencialidade das regras decorre da necessidade de o direito prestigiar valores como uniformidade, autoridade, previsibilidade, coordenação e determinação de direitos, obrigações e responsabilidades (WALDRON, 2007).

Conquanto o *pedigree* das regras jurídicas derive de sua compatibilidade com as instâncias formais de produção jurídica, há de reconhecer-se que o direito, em certos casos, pode também surgir a partir de outros materiais, decorrentes de práticas sociais e do desenvolvimento de um modo de vida (juízos que não estão institucionalmente regulados). Nesses casos difíceis, a interferência da moral e da política pode se fazer sentir com maior intensidade no âmbito jurídico, afastando a solução que ordinariamente se esperaria do sistema (MACCORMICK; BANKOWSKI, 1986, p. 121-135).

Não se pode ignorar, pois, a força normativa da lei, assim como não se deve olvidar a influência da moralidade, da política e da economia na criação do direito. Para isso, é importante entender o direito como um feixe de regras que estabeleça as condições ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes para a existência ou criação válida de uma específica situação jurídica, sem desconsiderar que a flexibilidade do direito depende da elaboração e da aceitação de argumentos de política em casos complexos (o direito não é totalmente disponível pela autoridade, mesmo nos casos difíceis).

Mas esse balanceamento das regras não opera uniformemente e com a mesma intensidade para todos.

O sistema jurídico, por meio das normas de segundo nível (aquelas que atribuem competências para decidir)[56], estabelece os termos de autorização ou competência da autoridade decisória. Algumas vezes, determinará que a decisão seja tomada considerando que as regras devem ser vistas como de aplicação absoluta. Noutras situações, perante outras autoridades, a aplicação da regra pode ser discricionária (em diferentes perspectivas)[57].

É nessa perspectiva que se vê que a força da regra vincula de forma diferente o Legislador, o Administrador Público e o Judiciário.

A compreensão do sistema jurídico passa pelo entendimento de que sua estrutura não decorre apenas de normas de conduta e de normas de competência. O pano de fundo teleológico (que constitui a moralidade) também integra o sistema jurídico. Isso se constata da verificação de que certas autoridades gozam de discricionariedade no seu processo decisório, guiado por valores como eficiência, prudência, razoabilidade, bem comum etc.

Assim, é fundamental reconhecer o papel ocupado pela ideia de justiça na atribuição de sentido ao direito, seja para indicar o espaço de determinação racional do direito, seja para oferecer um parâmetro de avaliação das decisões (MACCORMICK, 1992, p. 17-21). Cuida-se, pois, de pensar a forma de organização do material jurídico (estruturas jurídicas), considerando os diversos órgãos de aplicação do direito (sobretudo, no que tange aos propósitos deste trabalho, do papel do Judiciário em confronto com o do Legislativo).

---

[56] Como visto, as ordens normativas formais são compostas por pelo menos dois níveis de práticas normativas: um nível de formulação da regra e um nível de administração da regra. No Estado moderno, essas funções estão geralmente separadas por diferentes órgãos, como medida para evitar a tirania e a arbitrariedade.

[57] Nas regras de aplicação absoluta, a decisão é tomada sem que se levem em consideração outros elementos além dos fatos operativos. Nas regras de aplicação discricionária, a decisão é tomada considerando-se várias circunstâncias, além dos fatos operativos. O que definirá se uma regra tem aplicação absoluta ou discricionária não é a própria regra a ser aplicada (isso não é verificável internamente), mas as normas que regulam toda a atividade (MACCORMICK, 2009, p. 26-28).

Em síntese, cabe examinar como o direito (compreendido como ordem normativa institucional) se manifesta no moderno Estado de Direito, que se vincula a alguma ideia de justiça e se forma politicamente, com base tanto na divisão e na efetiva coordenação e equilíbrio na realização de funções quanto nos direitos fundamentais, tendo no direito constitucional o elemento central da ordem normativa institucional (MACCORMICK, 2009, p. 34-37).

2.8 Conclusão

Ao contrário do que concluiu Kelsen, a aplicação do direito não pode ser reduzida a mero ato de vontade da autoridade. Pensar assim é ignorar a função orientadora que o direito exerce na sociedade moderna e a expectativa de justiça que lhe é inerente.

Significa dizer que, conquanto a existência da autoridade seja um marco do direito moderno (ou seja, a presença de uma instância institucional responsável por decisões), o conteúdo do direito não é totalmente contingente, definido pela livre vontade da autoridade.

O direito moderno hoje está comprometido com as ideias de justiça, democracia e direitos humanos, sendo certo que as autoridades encarregadas de interpretá-lo e aplicá-lo são demandadas a concretizar esses valores.

Não obstante isso, o consenso quanto à necessidade de o direito buscar a justiça, proteger os direitos humanos e promover a democracia pode camuflar um grande dissenso sobre o que significam exatamente o ideal de justiça, a proteção aos direitos fundamentais e a promoção da democracia e sobre quem deve dar uma resposta a respeito dessas questões (MACCORMICK, 2009, p. 195-201).

Alternativas institucionais foram concebidas pelo direito moderno para lidar com essa situação: i) a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, por meio da qual os tribunais decidem disputas de como regras ou princípios devem ser aplicados em determinado caso concreto e essas decisões funcionam como precedentes que balizarão a aplicação dessas mesmas normas no futuro; ii) a

atividade legislativa, por meio da qual se podem tornar mais precisas dúvidas sobre a aplicação de questões controvertidas; ou iii) a adoção de Tribunais Constitucionais, que se valem de ritos judicialiformes para exercer um controle de compatibilidade dos atos estatais com a Constituição. Por fim, outro meio que se institucionaliza sãos as Cortes Internacionais de Direitos Humanos (como a Corte Europeia de Direitos Humanos (MACCORMICK, 2009, p. 201-205)[58].

A verdadeira questão é compreender os arranjos institucionais mais adequados para definir o conteúdo dos direitos humanos, proteger a democracia e alcançar a justiça, sendo certo que não há solução capaz de oferecer garantias suficientes para evitar abusos de poder (MACCORMICK, 2009, p. 201-205).

A lei, no Estado de Direito e em países como o Brasil, constitui uma estrutura institucional relevante. Apesar de não ter condições de oferecer uma zona completa de determinação, ela pode sim representar um ponto de partida na interpretação do direito, haja vista que traduz, em certa medida, um relativo consenso moral e político sobre determinada matéria.

Diante disso, não é correto conceber que a divergência sobre o direito opere com a mesma intensidade em todos os seus níveis de aplicação e perante todos os agentes e órgãos. Igualmente, é equivocado diluir o direito numa teoria de justiça.

É necessário reconhecer que há diversos níveis de questionamento sobre a lei: o cidadão, o Legislador, o Administrador Público, o juiz e o Supremo Tribunal Federal lidam com a lei sobre diferentes perspectivas.

De fato, empobrece o fenômeno jurídico concebê-lo apenas como um departamento da moral ou como uma instância da política. Isso porque essa visão ignora a dimensão atômica do direito, estabelecida nas relações obrigacionais do tipo direito-dever, que, na maioria das vezes, nem sequer é problematizada pelos indivíduos. Em verdade, essa forma equivocada de ver o direito focaliza apenas a

---

[58] Essa disputa entre modelos institucionais, adverte MacCormick, não pode ser confundida com uma disputa entre proteção aos direitos *X* proteção às instituições democráticas.

dimensão molecular do direito, estabelecida em relações mais complexas, fundadas na compreensão de direitos fundamentais (trunfos, na expressão de Dworkin) como o direito à vida, à liberdade de expressão etc. (MACCORMICK, 2009, p. 133).

Como bem destacado por MacCormick, é frustrante ver que essa perspectiva estritamente normativa deixa de dialogar com o amplo material jurídico elaborado por séculos pelos juristas que buscaram elucidar a complexidade do conceito do direito, que vai além da concepção molecular do direito como declarações abstratas e gerais.

É em face disso que se entende que a perspectiva descritiva oferecida pela teoria institucional do direito permite que venha à tona o que realmente deve ser problematizado para se entender a normatividade do direito, sobretudo em situações complexas (que não podem ser banalizadas, porque não acontecem a todo o momento): que circunstâncias e práticas sociais fazem com que seja descartada a solução jurídica mais provável para dada situação? O que torna possível a superação do status de inércia das instituições e que se alcancem resultados até então imprevisíveis?

CONCLUSÕES

Ao final deste breve ensaio, é possível articular as seguintes conclusões:

1.1. O positivismo jurídico de Kelsen não oferece proposta adequada e suficiente para orientar a atividade de aplicação do direito, pois se demite da função de fixar parâmetros para a decisão judicial, haja vista que a moldura interpretativa do direito, por sua teoria da interpretação, está orientada à compreensão racional do direito em relação ao passado e não à orientação do agir jurídico para o futuro. A prática do direito, na visão positivista kelseniana, fica abandonada ao puro arbítrio (decisionismo).

2.1. Ao contrário do que concluiu Kelsen, a aplicação do direito não pode ser reduzida a mero ato de vontade da autoridade. Pensar assim é ignorar a função orientadora que o direito exerce na sociedade moderna e a expectativa de justiça que lhe é inerente. É preciso destacar que a arbitrariedade kelseniana não é assumida na prática jurídica.

2.2. Apesar de a existência da autoridade ser um marco do direito moderno (ou seja, a presença de uma instância institucional responsável por decisões), o conteúdo do direito não é totalmente contingente, definido pela livre vontade da autoridade. O direito moderno está comprometido com valores de justiça, sendo certo que as autoridades encarregadas de interpretá-lo e aplicá-lo são demandadas a concretizá-los.

2.3. Conceber o direito como ordem normativa institucional não põe fim ao problema da divergência, mas permite conceber a existência de instâncias formais e definidas para decidir a respeito de controvérsias e dúvidas.

2.4. No Estado de Direito, compete, em primeiro plano, aos parlamentos e aos governos decidir as políticas que devem ser implementadas e os meios legislativos adequados para tanto. É tarefa precípua dos juízes, no entanto, aplicar o direito de forma segura, harmônica e que lhe dê sentido.

2.5. A lei constitui ainda uma estrutura institucional relevante. Apesar de não ter condições de oferecer uma zona completa de determinação, ela pode sim representar um ponto de partida na interpretação do direito, haja vista que traduz, em certa medida, um relativo consenso moral e político sobre determinada matéria.

2.6. Não é correto conceber que a divergência sobre o direito opere com a mesma intensidade em todos os seus níveis de aplicação e perante todos os agentes e órgãos. Igualmente, é equivocado diluir o direito numa teoria de justiça. É necessário reconhecer que há diversos níveis de questionamento sobre a lei: o cidadão, o Legislador, o Administrador Público, o juiz e o Supremo Tribunal Federal lidam com a lei sob diferentes perspectivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Verbete “Iluminismo”. In: **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (p. 534-537).

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito:** introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira). 10ª Ed. Portugal (Coimbra): Almedina, 1999.

______. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: RT, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick. A intepretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: **Cadernos da Escola do Legislativo** (ALMG). Belo Horizonte, 3 (5): 27-71, jan/jul.1997.

______. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte, 1992.

CASTANHEIRA NEVES. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Law and Political Morality**. Holbergprisens symposium 2007: Ronald Dworkin. 27 de novembro de 2007a. Auditorium 1, Dragefjellet, University of Bergen. Disponível em: < **http://www.holbergprisen.no/en/ronald-dworkin/holberg-prize-symposium - 007.html**>. Acesso em: 26 de mar.2011.

______. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

______. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Volume 1º. 3ª ed. (atualizada por Silva Pacheco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GERT, Bernard. The Definition of Morality**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL. Dipsonível em: <**http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/morality-definition**>. Acesso em: 30 mar. 2011.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. trad. de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. Trad. António Ulisses Cortês. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

______. **Teoria Pura do Direit**o (trad. da 2ª ed. alemã, de 1960). 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

______. Jurisdição Constitucional. In: **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121-186.

______. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Martins Fontes, 2003b. p. 237-298.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. de José Lamego. Portugal (Lisboa): Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia. Brasília, 2006, mimeo.

MACCORMICK, Neil. Concluding for Institutionalism. In: Del Mar, M. and Bankowski, Z. (eds). **Law as Institutional Normative Order**. (Ashgate), 2009b.

______. **H.L. Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

______. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford University Press, 2009.

______. Law as institutional fact. In: MacCormick, Neil. **An Instituttitional theory of law.** Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 1992.

______. **On Institutions of Law**: introductory remarks. November 2008. For use at Oxford Seminar December 8 2008.

______. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad.: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

______. **Symposium - Institutional Normative Order**: a conception of law. 82 Cornell Law Review 1051. July, 1997. p. 1062-1067.

______.; BANKOWSKI, Zenon. Speech acts, legal institutions, and real laws. In: **The legal mind, essays for Tony Honoré.** Oxford University Press, 1986.

______.; WEINBERGER, Ota. Introduction. In: MacCormick, Neil. **An Institutional theory of law**. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 1992.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 13.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MICHELON, Claudio. **MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason**. University of Edinburgh, School of Law, 2010. Working Paper Series n.º 2010/12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1585894>. Acesso em: 20 mar. 2011.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14.

RINTELEN, Fritz-Joachim v. Filosofia dos valores. HEINEMANN, Fritz. **A filosofia no século XX**. Trad. Alexandre F. Morujão. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008

SEARLE, John R. **¿Qué es una institución?**. UNED. Revista de Derecho Politico, núm. 66, 2006, p. 89-120 (trad. de Luis M. González de la Garza).

SOBOTA, Katharina. Don't Mention the Norm!. In: **International Journal for the Semiotics of Law**, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, n.º 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 273

STERN, Jacques. Introduccion. In: Thibaut y Savigny. **La Codificacion: una controvérsia programática basada en sus obras**. Madrid (España): Aguilar, 1970.

TADROS, Victor. Institutions and Aims. In: Del Mar, M. and Bankowski, Z. (eds), **Law as Institutional Normative Order** (Ashgate), 2009.

WALDRON, Jeremy. **Justice in Robes**: integrity and the rule of law. Holbergprisens symposium 2007: Ronald Dworkin. 27 de novembro de 2007. Auditorium 1, Dragefjellet, University of Bergen. Disponível em: <http://video.google.com/videoplay?docid=-5689475031269219392#>. Acesso em: 27 mar. 2011.

PRECEDENTES JUDICIAIS E OUTROS DOCUMENTOS OFICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 700.206/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 9/3/2010, DJe 19/3/2010.

______. Superior Tribunal de Justiça, REsp 707.849/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 6/3/2008, DJe 26/3/2008.

______. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 953130/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 26/03/2008.

______. Superior Tribunal de Justiça. REsp 967693/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 18/09/2007.

______. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário n.º 70011097920, Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini, 1ª Câmara Cível, j. em 31/8/2005.